Auskunft, Rechenschafts-ablage und Rechnungslegung

nach Bürgerlichem Recht.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Georg Kutzner

aus Posen.

ACAD. LUDOVICAE BIBL.

Approbiert am 28. Juli 1908.

Greifswald.

Buchdruckerei von Julius Abel.

1909.

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Literaturverzeichnis.

(Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, herausgegeben von Otto Fischer.)

Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 14 S. 1—61 (Treitel: Über die Rechenschaftslage nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich).

Arnold, Die Aufschlußpflicht von Vorstand und Aufsichtsrat gegenüber der Generalversammlung nach deutschem Aktienrecht. München 1907.

Bähr, Über die Verpflichtung zur Rechnungsablage. In Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. XIII (n. F. Bd. I) 1874 S. 251—297 (siehe auch: Bähr, Gesammelte Aufsätze Bd. I S. 116—159, Leipzig 1895). cit: Bähr.

Bähr, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. Zivilistische Abhandlung. 2. Aufl. Cassel und Göttingen 1867.

(Bindings Handbücher der deutschen Rechtswissenschaft. Pappenheim Seerecht).

Böhm, Verhältnis der §§ 2314 und 1994ff. B.G.B. (Im „Recht" 6. Jahrg. 1902 S. 471/472.

Buchka, Die indirekte Verpflichtung zur Leistung.

Burhenne, Die privatrechtlichen Inventarisierungspflichten im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Rostocker Dissertation 1903.

Busch's Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 19, 34.

Cosack, Lehrb. d. deutschen Bürgerl. Rechts Bd. II 4. Aufl. Jena 1904.

Crome, System des deutschen Bürgerl. Rechts Bd. II 1902 (cit: Crome).

Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte, Freiburg i./B. 1897.

J. Demelius, Zur Lehre von der Aufhebung der Schuldverhältnisse. Diss. Erlangen 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten 2. Aufl. Berlin 1888.

Dernburg, Lehrbuch d. preuß. Privatrechts Bd. II 5. Aufl. Halle a/S. 1897 und Bd. III 1880.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens Bd. II, IV, V.

Deutsche Juristenzeitung 1901 Nr. 6 und 24 und 1903 Nr. 24.
Ehrlich, Das zwingende und nicht zwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1899 (in Fischers Abhandlungen).
Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts (Einführung in das Studium des Bürgerl. Gesetzbuchs) Bd. I, 8. Aufl. Berlin 1903; 9. Aufl. desgl.
Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals Bd. 22 (1852).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R.G.) Bd. 3, 7, 8, 9, 10, 14, 18, 20, 23, 29, 30, 39, 46, 47, 52, 54, 56, 58.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (R.O.H.G.) Bd. 7, 16, 23.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch, Handausgabe 4. Auflage. München 1900.
Friederich, Der Eid aus § 2006 Bürgerlichen Gesetzbuchs. Diss. Leipzig 1907.
Fuchs, Das deutsche Vormundschaftsrecht, Berlin 1899.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 2. Bd. 4. Aufl. Tübingen und Leipzig 1902.
Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Aufl. Bd. I Berlin 1903.
Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 40.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutsches Rechts Bd. 15, 24, 30, 37, 39, 47, 49.
Hachenburg, Dienst- und Werkvertrag im B.G.B. Mannheim 1898.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
Hesse, Deutsches Vormundschaftsrecht, Berlin 1900.
Hübner, Die Auskunftspflichten des B.G.B. Diss. Rostock 1904.
(Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts 1874 Bd. 13; 1902 Bd. 44; 1906 Bd. 50).
Isay, Die Geschäftsführung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1900.
Juristische Wochenschrift (J. W.) 1886, 1889, 1891, 1894, 1895, 1896, 1899, 1901, 1902 Beilage, 1904, 1906.
Klewitz, Die Verpflichtung zur Rechnungsstellung. Berlin 1890.
Knoke, Das Recht der Gesellschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. (In Fischers Abhandlungen Bd. 7. Jena 1901.
Koch, Kommentar zum A.L.R. für die preußischen Staaten 8. Aufl. Bd. II Berlin und Leipzig 1886.
Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I Allg. Teil Berlin 1906 (cit: Kohler).
Kohler, Handbuch des Deutschen Patentrechts, Mannheim 1900.
Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl. Bd. I Berlin 1903.

Lenel, Die auf Geschäftsbesorgung gerichteten entgeltlichen Verträge. (In Iherings Jahrbüchern 1902 Bd. 44 S. 31 ff.)
Marcus, Die Rechnungslegung bei abgetretenem Gesellschafteranspruch (Im „Recht" 7. Jahrg. 1903).
Meyer, Anleitung zur Prozeßpraxis, 6. Aufl. Berlin 1902.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 2. Aufl. Bd. I Berlin 1900.
Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse, 2. Aufl. Berlin 1906.
Opet und v. Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1904 und 1906.
Pappenheim, Seerecht (In Bindings Handbüchern der Deutschen Rechtswissenschaft) Bd. II, Leipzig 1906.
Pfizer, Anti-Seuffert oder der Geist des Rechts und der Buchstabe des Gesetzes. Leipzig 1892.
Philler, Das Vormundschaftsrecht des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. des preußisch-rechtlichen Werkes. Berlin 1900.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl. Bd. II Berlin 1907, Bd. IV 1906, Bd. V.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
Rehbein, Die Entscheidungen des vormalig preußischen Ober-Tribunals Bd. II, Berlin 1887.
Das Recht, 6. Jahrg. 1902; 7. Jahrg. 1903; 8. Jahrg. 1904.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Rechtspr. O.L.G.) Bd. 1, 3, 4, 5, 9.
Ritgen, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich in zweiter Lesung. (In Gruchot's Beiträgen Bd. 39 S. 632).
Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, Bd. II. Breslau 1885 (S. 221 ff. VI, die Rechenschaftspflicht und ihre Erfüllung).
Rüger, Aus dem Erbrechte des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs (Im Sächsischen Archiv für Bürgerliches Recht und Prozeß Bd. 19 Jahrg. 1899 S. 401 ff.).
Schiffner, Pflichtteil, Erbenausgleichung und die sonstigen gesetzlichen Vermächtnisse nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1897.
Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. (In Fischers Abhandlungen Bd. 12 Jena 1904).
Schmidt-Habicht, Familienrecht. München 1907.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. Erste Hälfte. Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. München 1900.
Schultetus, Handbuch des Vormundschaftsrechts. Berlin 1899.
Schultzenstein-Köhne, Das Deutsche Vormundschaftsrecht. 2. Aufl. 1901.

Schwiening, Zur Anwendung der §§ 2314, 260 B.G.B. (in der Deutschen Juristenzeitung 1901 S. 550/551 Nr. 24 vom 15. Dezember 1901).
Seufferts Archiv Bd. 14, 35, 37, 59, 60, 61.
Siber in Iherings Jahrbüchern Bd. 50 Jena 1906: Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht.
Siméon, Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche. Bd. I. Das bürgerliche Gesetzbuch, 3. Aufl. Beilage 1901.
Simonson, Offenbarungseid bei Rechenschaftspflicht. (In Buschs Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß Bd. 34 S. 483, Berlin 1905).
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch 8. Aufl. Bd. 1 Berlin 1906, Bd. 2 1907.
Staub, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung vom 20. April 1892 in der Neufassung vom 20. Mai 1898, 2. Aufl. Berlin 1906.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. IIa. Allgemeiner Teil des Rechts der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. München 1906. Band IV. Familienrecht. 2. Aufl. München 1905. Bd. V. Erbrecht. 1905.
Strohal, Das Deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 2, 3. Aufl. Berlin 1904.
Thurow, Hat der zur Rechnungslegung Verpflichtete einen Anspruch auf Entlastung? (Im „Recht" 1904 S. 356).
Treitel, Über die Rechenschaftsablage nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. (Im Archiv für Bürgerl. Recht Bd. 14 S. 1—61).
Ullmann, Das gesetzliche eheliche Güterrecht in Deutschland. Berlin 1905.
Wilke, Erbrecht, Berlin 1900.

Disposition.

		Seite
Kapitel I.	Auskunft im weiteren und engeren Sinne	9
Kapitel II.	Die Rechenschaftsablage und Rechnungslegung als besondere Arten der Auskunft im weiteren Sinne und ihre Unterscheidung von der Auskunft im engeren Sinne	16
Kapitel III.	Rechenschaftsablage und Rechnungslegung in ihrem Verhältnis zu einander	31
Kapitel IV.	Die allgemeinen Zwecke:	
	I. der Auskunftserteilung	44
	II. der Rechenschaftsablage und Rechnungslegung .	49
Kapitel V.	Die Erzwingbarkeit der Auskunft, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung	58
Kapitel VI.	Die Auskunft, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung als obligatorische Leistung	
	§ 1. Der materiellrechtliche Charakter der Obligation	71
	§ 2. Inhalt der Leistung	81
	I. Abschnitt. Die Auskunft	
	A. Inhalt und Grund der Auskunftsfälle:	
	1) Die Geschäftsführungsauskunft . .	82
	2) Auskunftsfälle aus besonderen Gründen	96
	3) Die Veräußerungsauskunft	100
	B. § 260 B.G.B.	103
	II. Abschnitt. Inhalt der Rechenschaftsablage und Rechnungslegung	
	A. Im allgemeinen	107
	B. Die Bestandteile der Rechnung:	
	I) Die eigentliche Rechnung mit ihren Elementen:	
	a) Einnahmen	109
	b) Ausgaben	109
	II) Die Belege	112

Seite

§ 3. Die Erfüllung
I. Unmöglichkeit 122
II. Unvollständigkeit 123
1) qualitative 125
2) quantitative 126
§ 4. Der Offenbarungseid aus §§ 259, 260 B.G.B. 128
§ 5. Form, Ort und Zeit der Erfüllung 139
§ 6. Die Zwangsvollstreckung 141
§ 7. Obligierende Wirkungen der Rechnungslegung 143
§ 8. Vererblichkeit 155
§ 9. Übertragbarkeit 158
§ 10. Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern . 177
§ 11. Zurückbehaltungsrecht 183
§ 12. Verjährung 191
§ 13. Verzicht und Erlaß 206
Kapitel VII. Das Anwendungsgebiet von Auskunft, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung 217

Kapitel I.

Auskunft im weiteren und engeren Sinne.

Auskunft im weitesten Sinne des Wortes bedeutet Aufklärung über Verhältnisse irgend welcher Art, die dem Auskunftsempfänger unbekannt sind oder über die er sich doch im Zweifel befindet. Nach mehrfacher Richtung hin soll diese Definition eine Begrenzung erfahren.

Der allgemeinen Fassung des zur Erörterung stehenden Begriffes entspricht nicht auch ein allgemeines Recht auf Erteilung der Auskunft oder eine allgemeine Verpflichtung dazu. Denn es ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung, jede unbefugte oder überflüssige Neugier zu sanktionieren. Der Grundgedanke ist vielmehr eine nach der Sachlage erforderlich erscheinende Förderung fremder Interessen. Hierfür lassen sich verschiedene Beweggründe denken. Im Recht sind deren zwei nachweisbar. Der eine ist überwiegend zum Ausdruck gelangt und umfaßt die weitaus meisten Fälle. Es ist dies der Gedanke der Billigkeit, der auf der Erwägung beruht, daß nur unter Umständen durch fremde Hilfe ein Recht, das ohne die Auskunft keinen praktischen Wert hätte, nach Maßgabe besonderer Bestimmungen Inhalt und Leben empfangen soll. Es wird also hiermit das Prinzip der Menschenhilfe im Recht[1]) anerkannt, jedoch nur soweit durchgeführt, als ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, und zwar ein erzwingbarer sich damit rechtfertigen läßt, daß der Auskunftsberechtigte der Auskunft zur Verwirklichung eines anderen Rechts bedarf, ohne daß dem Verpflichteten hieraus Nachteile erwachsen und er unnütz belästigt wird. Daneben findet sich mehr vereinzelt und

1) Kohler § 62 S. 183.

exzeptionell das Motiv der Fürsorge und des Schutzes von Personen und Sachen, so z. B. im Vormundschaftsrecht.

Da es sich nur um Fälle handeln soll, in denen die Rechtsordnung einen erzwingbaren Eingriff in eine fremde Rechtssphäre gestattet, so scheiden aus dem Kreise unserer Betrachtungen die privatrechtlichen Anzeigepflichten aus, deren Nichterfüllung nur einen Schadensersatzanspruch begründet, z. B. B.G.B. § 665, Satz 2 [2]), und alle diejenigen rechtlich bedeutsamen Mitteilungen, die im Belieben des Anzeigenden stehen und verschiedene Rechtsfolgen nach sich ziehen, je nachdem sie gemacht oder unterlassen werden, z.B. B.G.B. § 415 Abs.1 Satz 2; § 416 Abs.1 Satz 1 [3]).

Gegenstand der Auskunftserteilung im weiteren Sinne können sowohl Tatsachen und gegebene rechtliche Verhältnisse einerseits wie das objektive Recht andererseits sein. Im letzteren Falle ist die Auskunft mit einer Rechtsbelehrung oder einem Rat in Rechtssachen identisch, wie ihn z. B. der Rechtsanwalt erteilt. Ein gesetzlich begründeter Anspruch hierauf besteht nirgends (höchstens nur ein vertraglicher und dann durch den Vertrag rechtlich anerkannter), weil die Nichtkenntnis des Gesetzes fü den Gesetzgeber nicht vorhanden ist, die Kenntnis vielmehr fingiert wird und es jedem überlassen bleibt, das Gesetz so anzuwenden, daß er nicht mit anderer Interessen kollidiert. Für uns kommen daher nur Tatsachen als Gegenstand der Auskunftserteilung in Frage.

Das Bedürfnis, Auskunft zu erlangen, besteht naturgemäß auf den verschiedensten Gebieten des Rechtslebens, nämlich da überall, wo unterstützungsbedürftige Interessen sich ergeben können. Es sind nun sowohl im öffentlichen wie im privaten Recht zahlreiche Fälle normiert, in denen ein Recht auf Aufklärung zugebilligt oder eine Verpflichtung hierzu ausgesprochen wird. Aber nur auf dem Gebiete des Privatrechts kann man von einer strengen Gegensätzlichkeit kollidierender Interessensphären sprechen; die Fälle des öffentlichen Rechts gehören nicht hierher [4]), da dem

2) Nichtanzeige von Abweichungen in der Ausführung des Auftrages.

3) Bei Übernahme einer Hypothekenschuld durch den Erwerber eines Grundstücks infolge Vertrages mit dem Veräußerer.

4) Es seien z. B. angedeutet Preuß. Einkommensteuer-Gesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Juli 1906 § 23 Abs. 3,1, ferner

Einzelindividuum die Gesamtheit des Staats oder der öffentlichen Körperschaft in Gestalt einer Behörde oder des sie verkörpernden Beamten entgegentritt, die zwar formell selbständige Rechtspersönlichkeit ist, der aber doch der einzelne angehört und in deren Interessen, so weit es sich um das Gemeinwohl handelt, die seinigen aufgehen. In diesen Fällen dient also die Auskunft des Pflichtigen mittelbar dazu, seine eigenen Interessen zu fördern; indem er als Glied der Gesamtheit dieser seine Unterstützung angedeihen läßt, — wenn nötig, zwangsweise unter dem Druck von Strafandrohungen —, fördert er sich selbst. Erkennbar wird dies besonders bei den öffentlichrechtlichen Anzeigepflichten, z. B. in dem zit. Reichsgesetz vom 30. Juni 1900. Wieweit die öffentlichrechtliche Auskunftspflicht ausgestaltet werden soll, ist eine rechtspolitische Frage; im allgemeinen unterliegt sie mit Rücksicht auf das Gemeinwohl nicht solchen Einschränkungen wie im Privatrecht.

Sind mithin nur die privatrechtlichen Auskunftspflichten fortan zu berücksichtigen, so lassen sich doch diejenigen Auskunftspflichten nicht ausschließen, die zwar nach ihrer äußeren Stellung einer Disziplin des öffentlichen Rechts, der Zivilprozeßordnung, angehören (vgl. Z.P.O. § 836 Abs. 3), aber doch im engsten Zusammenhange mit Rechtsinstituten des bürgerlichen Rechts stehen; auf sie werden wir daher an passender Stelle noch zu sprechen kommen. Auch im bürgerlichen Recht gibt es Auskunftspflichten, die nicht im Interesse des Berechtigten zu erfüllen sind, auch nicht im Interesse des Auskunftsgebers, sondern in demjenigen eines Dritten. Wenn nach B.G.B. § 1839 der Vormund sowie der Gegenvormund dem Vormundschaftsgericht auf Verlangen jederzeit über die Führung der Vormundschaft und über die persönlichen Verhältnisse des Mündels Auskunft zu erteilen haben, so bestehen diese Pflichten im Interesse des Mündels. Es erwachsen dem Vormundschaftsgericht nicht etwa privatrechtliche Befugnisse hieraus, da es keine Rechtspersönlichkeit hat, aber auch dem Mündel nicht, da Empfänger der Leistung der Auskunft eben

---

verschiedene Reichsversicherungsgesetze, das preuß. Gewerbesteuergesetz, das Reichsgesetz betreffend die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten vom 30. 6. 00. (R. G. Bl. S. 306) § 37 Abs. 3.

nicht das Gericht, sondern dieser sein müßte. Diese Verpflichtungen sind vielmehr Ausflüsse der staatlichen Fürsorgepflicht und des staatlichen Aufsichtsrechts über Vormünder, Gegenvormünder, Pfleger usw.

Das bürgerliche Recht kennt ferner Erscheinungen, die den einzelnen als solchen im Gesetz bezeichneten Auskunftspflichten verwandt sind, weil sie auf dem gleichen Gedanken der menschlichen Unvollkommenheit und Hilfsbedürftigkeit beruhen, aber doch historisch-technisch unter eng umgrenzter Fassung des rechtlichen Tatbestandes eine durchaus selbständige Regelung erfahren haben. Darunter fällt die Vorlegung von Sachen, B.G.B. § 809, und die Bestimmung des § 810 l. c., Urkunden betreffend. Die Selbständigkeit ist durch die Besonderheit des Falles gegeben: wird für die Auskunftspflicht im allgemeinen nicht vorgeschrieben, wie ihr genügt werden soll, so versteht es sich für die Fälle der §§ 809, 810 von selbst, daß die Erfüllung der in ihnen zu Tage tretenden Auskunftspflicht im weiteren Sinne in eine natürliche Beziehung zur Sache bezw. Urkunde gesetzt wird, d. h. es wird bei Sachen deren Vorlegung zur Besichtigung oder die Gestattung ihrer Besichtigung angeordnet, bei Urkunden dem an ihrem Inhalt rechtlich Interessierten der Anspruch eingeräumt, von dem Besitzer der Urkunde die Gestattung der Einsicht zu verlangen. Ebenso steht es mit K.O. § 120.

Wo dagegen das Gesetz sonst eine Einsichtnahme gestattet (z. B. von Anfechtungserklärungen B.G.B. §§ 1342, 1597, 2081, oder von Registereintragungen oder Inventarien), da handelt es sich nicht um die Durchführung ziviliſtischer Berechtigungen, sondern um die Gewährung von Gelegenheit für bestimmte Interessentenkreise oder für die Allgemeinheit, von gewissen Tatsachen Kenntnis zu nehmen, durch deren Aufzeichnung eine bestimmte Rechtslage oder deren Veränderung anschaulich gemacht werden soll.

Eine rechtlich erzwingbare Befugnis zur Einsichtnahme in Urkunden statuiert B.G.B. § 716, nämlich in die Geschäftsbücher und Papiere (nicht notwendig Urkunden) einer Gesellschaft für jeden Gesellschafter, er sei Geschäftsführer oder von der Geschäfts-

führung ausgeschlossen. Ähnlich gewährt B.G.B. § 1799 Abs. 2 dem Gegenvormund das Recht, vom Vormund zu verlangen, daß er ihm die Einsicht der sich auf die Vormundschaft beziehenden Papiere gestattet[5]).

Ganz deutlich zeigt sich der gemeinsame Grundgedanke mit der Verpflichtung zur Auskunft bei der Rechenschaftsablegung (Rechenschaftsablage). Von Schollmeyer, Erläuterung 1 Abs. 3 zu § 259 B.G.B. wird die Rechenschaftsablage als eine „Art" der Auskunftserteilung bezeichnet. Treitel S. 29 betont ebenfalls die Verwandtschaft mit der Auskunft. Ob und inwieweit Rechenschaftsablage und Rechnungslegung unter sich identisch sind, bleibt der späteren Untersuchung vorbehalten. An dieser Stelle ist nur hervorzuheben, daß die besonderen Eigentümlichkeiten von Rechenschaftsablage und Rechnungslegung jedenfalls eine gesonderte Behandlung erfahren haben.

Dagegen besteht eine wesentliche Verschiedenheit zwischen dem Begriff der Auskunft und der Bestandsverzeichnisse (Inventar), soweit nicht, wie im B.G.B. § 260, gerade durch die Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses eine Auskunftspflicht erfüllt werden soll. In diesem Falle dient also das Bestandsverzeichnis einer Aufklärung (des Näheren im Hinblick auf den Umfang einer Herausgabepflicht), sonst aber beruhen die Vorschriften, welche die Vorlegung oder Errichtung eines Bestandsverzeichnisses anordnen[6]), auf einem anderen Rechtsgedanken. Die Errichtung des Verzeichnisses geschieht nämlich nicht, weil der an der Errichtung Interessierte nicht wissen könnte, was an Inventar vorhanden ist (obwohl er möglicherweise im einzelnen Falle es wirklich nicht weiß), sondern deshalb, um die Verdunkelung eines Rechtszustandes zu verhindern und für die Zukunft bei späteren Auseinandersetzungen ein Beweismittel in die Hand zu geben.

5) Unter Umständen wird durch die Vorlegung von Handelsbüchern zur Einsicht der Anspruch auf Rechnungslegung befriedigt, cfr. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 1038.

6) Siehe B.G.B. §§ 1035, 1372, 1439, 1493, 1528, 1550, 1640, 1667, 1669, 1686, 1740, 1760, 1761, 1802, 1897, 1915, 1945, 1960, 1993, 2121, 2225.

Daher können z. B. beide Pflichten, die zur Bestandsaufnahme und Rechnungslegung (letztere als besondere Form der Auskunftserteilung) selbständig nebeneinander hergehen, wie solches in der Tat im B.G.B. § 1667 ausgesprochen ist; oder es wird gemäß B.G.B. § 2003 Abs. 2 die Auskunftspflicht für den Zweck der erbrechtlichen Inventarerrichtung, die auf Grund des § 1993 B.G.B. erfolgt, statuiert. Dies wäre nicht denkbar, wenn Auskunft bezw. Rechnungslegung und Aufnahme eines Bestandsverzeichnisses (wozu auch die erbrechtliche Inventarerrichtung gehört) identische Begriffe wären oder die letztere nur eine Abart der ersteren. Wenn deshalb Klewitz § 4 S. 9 zwischen Rechnungslegung und Inventarisation ein gemeinsames Kriterium darin findet, daß der Verpflichtete über gewisse Verhältnisse eine Auskunft zu erteilen resp. Angaben zu machen hat, so ist dies nur insoweit richtig, als beide Rechtsinstitute zwar einen gemeinschaftlichen Ursprung haben; dagegen gehen sie mit ihren verschiedenen Zwecken ganz verschiedene Wege.

Zutreffend bezeichnet es Klewitz aber für das Gemeine Recht als einen Rechtsirrtum in der Ausführung von Bähr S. 256/257, daß er die Verpflichtung des mit der hereditatis petitio oder actio familiae herciscundae Belangten, über die in seinem Besitz befindlichen Nachlaßstücke Auskunft zu erteilen, schlechthin als Rechnungspflicht behandle. Denn im Gemeinen Recht erfolgte die Feststellung des im Besitz des Beklagten Befindlichen dadurch, daß er ein Nachlaßverzeichnis aufstellen (und beschwören) mußte, über dessen Umfang sodann in einem besonderen Rechnungsprozesse verhandelt wurde[7]). Denselben Standpunkt nimmt auch das Bürgerliche Gesetzbuch ein. Freilich sagt es im dritten Titel des zweiten Abschnitts des fünften Buches (vom Erbschaftsanspruch handelnd) kein Wort von einem Bestandsverzeichnis, dagegen legt es in den §§ 2027, 2028 dem Erbschaftsbesitzer und den Hausgenossen des Erben eine Auskunftspflicht über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände auf. Da die Erbschaftsgegenstände sich als ein Inbegriff von Gegen-

7) Vgl. Dernburg, Pandekten § 173 S. 352; R.G. Bd. 8 S. 165; Bd. 22 S. 232.

ständen darstellen, so findet B.G.B. § 260 Anwendung, wonach dem Berechtigten (dem Erben) ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen ist. Ein Nachlaßinventar im technischen Sinne des B.G.B. § 1993 ist dies natürlich nicht, da dieses erstens vom Erben selbst errichtet wird und zweitens kein Zwang hierzu für ihn besteht; man kann bei der universalen Erbschaftsklage höchstens insofern von einem vom Erbschaftsbesitzer zu errichtenden Nachlaßinventar im nichttechnischen Sinne sprechen, als der auf die hereditatis petitio oder auf die Erbteilungsklage herauszugebende Inbegriff ganz bestimmte Gegenstände, nämlich Nachlaßgegenstände umfaßt. Und doch darf man sagen, daß Bähr nur den richtigen Grundgedanken hat ausdrücken wollen, nämlich den Gedanken, daß der auf Herausgabe belangte Erbschaftsbesitzer das Material für die Substantiierung des Herauszugebenden im einzelnen selbst beibringen soll, nur wird der Gedanke nicht gerade durch eine förmliche Rechnungslegung verwirklicht, da für solche gar kein Raum ist. Bähr selbst behandelt doch im Verlaufe seiner Abhandlung die Rechnungspflicht als eine spezifische Erscheinungsform einer allgemeinen Auskunftspflicht, nämlich die Verpflichtung, über Einnahmen und Ausgaben Rede zu stehen; diese aber und der Verbleib von Gegenständen sind ganz verschiedene Objekte ein und derselben allgemeinen Auskunftspflicht.

Die hier behandelten Berechtigungen stellen sich meist als Ansprüche dar. Soweit dies der Fall ist, erscheinen sie zunächst wirtschaftlich entweder als einem zu realisierenden Recht zugehörig, das man zur Kennzeichnung des Gegensatzes das Hauptrecht nennen kann, gewissermaßen als dessen Pertinenz [8]), oder sie erscheinen als Annex eines Erwerbs wie die Auskunftsberechtigungen auf Grund einer Veräußerung, oder sie sind wie das Recht aus § 799 B.G.B. ganz exzeptioneller Natur [9]). Aber auch rechtlich begründen sie im Verhältnis zu dem Hauptrecht nur Nebenver-

8) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. I § 38 S. 87 sub III: Das Recht auf Auskunft soll der Verwirklichung einer . . . . Berechtigung dienen.

9) Vgl. Kap. IV und Kap. VI § 2 Gruppe 3 a. E.

pflichtungen. Die rechtliche Ausgestaltung des von Dernburg sogenannten „Hilfsrechts" muß sich naturgemäß an dessen Charakter anlehnen. Deshalb erzeugt es zwar wie jede andere Obligation ein selbständiges Klagerecht, wenn das Hauptrecht selbst im Wege der Klage realisiert werden kann, es ergeben sich aber aus der Hilfsnatur in einigen Beziehungen Besonderheiten, welche später erörtert werden sollen.

Kapitel II.

Rechenschaftsablage und Rechnungslegung als besondere Arten der Auskunft i. w. S. und ihre Unterscheidung von der Auskunft i. e. S.

Eine Differentiierung beider Begriffe untereinander soll an dieser Stelle noch nicht versucht werden. Gemeinschaftlich ist ihnen die Ableitung von dem allgemeinen Begriff der Aufklärung und die Wesensverschiedenheit von der Auskunft im engeren Sinne. Deren Begriff haben wir bereits im Einleitungskapitel dargelegt: sie ist eine rechtlich erzwingbare[1]), bald nur auf Verlangen, bald ohne Anregung zu gebende Mitteilung von Tatsachen, deren Kenntnis nach der Eigenart des Rechtsverhältnisses, aus dem die Verpflichtung zur Auskunftserteilung entspringt, dem Auskunftsberechtigten nicht zugemutet werden kann, deren Nichtkenntnis ihn aber schädigen würde. Der Inhalt der einzelnen Auskunftsverpflichtungen ist gleichfalls nach der Eigenart des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses verschieden. Er kann z. B. betreffen den Stand eines Geschäfts oder einer Verwaltung, den Verbleib von Gegenständen, die rechtlichen Verhältnisse einer Sache, das zur Geltendmachung einer Forderung Erforderliche. Dagegen ist der Inhalt einer jeden Rechenschafts- oder Rechnungslegungsverpflich-

1) Mit einer Ausnahme im B.G.B. § 2003. Vgl. die Ausführungen im Kap. V. S. 59ff.

tung stets derselbe, auch wenn sie aus den verschiedenartigsten Rechtsverhältnissen hervorgeht, denn sie betrifft nur eine Geschäftsführung; ohne diese ist eine Rechenschaft oder Rechnungslegung begrifflich nicht denkbar. Geht man die Fälle durch, in denen das B.G.B. und andere Gesetze eine Rechenschaftsablage oder Rechnungslegung anordnen, so findet man bestätigt, daß ausnahmslos eine Geschäftsführung ihre Grundlage ist, ja es ist sogar für die Rechenschaft über eine gewisse Art der Geschäftsführung, nämlich die Verwaltung, im B.G.B. § 259 nach Maßgabe der dort normierten Beschränkungen eine generelle Bestimmung gegeben.

Die Geschäftsführung kann jeden beliebigen Charakter tragen, sie kann beauftragt oder auftraglos sein (kontraktlich oder außerkontraktlich) oder aus dem Gesetze unmittelbar folgen, sie kann ein einmaliges Geschäft oder einen Komplex von solchen umfassen, letzterenfalls wieder selbständige, von einander scharf abgegrenzte, oder eine Mehrheit von unselbständigen, die jedoch durch ihre Zusammenfassung wirtschaftlich und rechtlich als d a s zu besorgende Geschäft in Betracht kommen.

Nicht immer mag man bei einem Komplex von Einzelgeschäftsakten an eine Verwaltung denken als eine Abart der Geschäftsführung. Eine Mehrheit von Geschäften ist zwar ein Kriterium des Begriffs [2]) der Verwaltung, aber nicht das einzige. Daß die Geschäftsführung sich über einen längeren bestimmten oder unbestimmten Zeitraum erstrecke (z. B. Vormundschaft, Testamentsvollstreckung, Konkursverwaltung), ist für sich allein auch

2) P l a n c k Bd. 4 S. 130 (Vorbem. zum 6. Titel Abschn. Verwaltung u. Nutznießung) sagt, mit dem Ausdruck „Verwaltung" bezeichne das B.G.B. keinen festbegrenzten Begriff, auch der Sprachgebrauch gebe keinen sicheren Aufschluß über den Umfang der dem Verwalter eines Vermögens zustehenden Rechte. Oben soll eine Begriffsbestimmung versucht werden. Richtig ist jedenfalls die weitere Bemerkung von Planck, daß es Verwaltungen gibt mit dem Recht des Verwalters, über die Substanz des verwalteten Guts zu verfügen, und solche ohne dieses Recht. Aber die Entscheidung darüber gehört nicht zum Begriff der Verwaltung, sondern betrifft nur den Umfang der durch sie verliehenen Befugnisse. Eine allgemeine Bestimmbarkeit des Umfanges läßt sich freilich auch nicht geben, steht aber doch, was Planck zu leugnen scheint, im Gegensatz zum Begriff.

nicht wesentlich, denn naturgemäß beansprucht jede Geschäftsführung Zeit, und eine Grenze läßt sich nicht ziehen. Maßgebend ist vielmehr die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit der einzelnen Akte, die in Anbetracht des verwalteten Objektes vorgenommen werden, sowie die Möglichkeit bunter Mannigfaltigkeit der verschiedenartigsten Geschäfte, die selbst wiederum ein jedes sich durch einen Einzelakt erledigen lassen mögen oder zu ihrer Ausführung einer Reihe von unselbständigen Einzelhandlungen bedürfen. Natürlich ist nicht nötig, daß nun auch jeder Verwalter derlei verschiedenartige Geschäfte vornehmen müsse; die Wahl der Geschäfte ergibt sich aus der Beschaffenheit, der Größe und Menge des zu verwaltenden Objekts und dem Grade der Selbständigkeit gegenüber dem Geschäftsherrn oder einer Aufsichtsbehörde. Der Vormund, der ein großes Vermögen, bestehend aus Handelsgeschäften, Grundstücken, Kapitalien, Bergwerken usw. verwalten muß, hat inbezug auf seinen Geschäftskreis eine größere Auswahl als ein Vormund, der nur über ein geringes Sparkassenguthaben bestimmen kann. Ein durch Vertrag bestellter Verwalter wiederum kann eine freiere Stellung haben als z. B. ein Vormund oder Zwangsverwalter, für deren Verwaltung nach gewissen Richtungen hin gesetzliche Beschränkungen aufgestellt sind. Jeder aber von ihnen hat ein Vermögen oder einen Vermögensbestandteil unter sich; sie verwalten es, weil sie in der Lage sind, in dem Rahmen ihrer Befugnisse die verschiedenartigsten Geschäfte damit auszuführen, wenn sie auch im einzelnen Falle es nicht tun mögen, vielleicht sogar immer nur dasselbe Geschäft vornehmen.

Zum Begriff der Verwaltung gehört auch, daß die verschiedenen Geschäfte sich einheitlich um den Entstehungsgrund der Verwaltung gruppieren; jedes einzelne Geschäft muß erkennen lassen, daß es zu deren Rechtsgrund in Beziehung steht, d. h. daß es als Akt der betreffenden Verwaltung vorgenommen wird. Nicht nötig ist deshalb, daß die Verwaltung ein Vermögen im allgemeinen betrifft, sie kann sich auch auf einzelne Teile desselben oder gar nur auf einen einzigen Gegenstand, z. B. ein Grundstück, und auch da nur nach einzelnen Richtungen hin beschränken. Zweifelhaft kann es aber sein, ob, wenn jemand mehrere selbst-

ständige Aufträge zu Geschäftsbesorgungen in erheblicher Zahl erhalten hat, deren Ausführung in toto sich nun als eine Verwaltung darstellt. Bejahend hat das O.L.G. Dresden am 28. Januar 1902 entschieden, indem es in Konsequenz hiervon ausführt (Das Recht, 6. Jahrgang 1902, S. 148):

> Zur Rechnungslegung nach § 259 B.G.B. ist nicht nur derjenige verpflichtet, der eine fortlaufende, das Vermögen des Berechtigten im allgemeinen betreffende Verwaltung geführt hat, sondern auch derjenige, der in einer erheblichen Anzahl von Fällen, sei es auch nur auf Grund jedesmaligen besonderen Auftrags, Geschäfte geführt hat, mit denen Geldeinnahmen verbunden waren.

Dies kann man m. E. höchstens dann gelten lassen, wenn die mehreren Aufträge gleichzeitig erteilt sind und aus der erheblichen Zahl nach Lage der Sache die Gewährung einer Verwaltungsbefugnis unter Beschränkung auf einen oder mehrere spezielle Vermögensgegenstände hergeleitet werden kann, oder wenn dem Beauftragten von vornherein gesagt wird, er solle eine Verwaltung führen, die nur in die Form von lauter Einzelaufträgen gekleidet würde. Betreffen die mehreren Aufträge verschiedene Vermögensgegenstände, so wird die Absicht, eine Verwaltung zu übertragen, sich schon schwerer nachweisen lassen.

Praktischen Bedenken unterliegt aber das Urteil, wenn man es so auffaßt, daß A dem B zunächst das Geschäft Nr. 1, nach dessen Ausführung das Geschäft Nr. 2 u. s. f., bis eine erhebliche Zahl (Tatfrage!) von Fällen sich ergibt, aufgetragen hat, ohne jedoch daran gedacht zu haben, ihn mit einer Verwaltung zu betrauen. Wie es dann mit der Verpflichtung zur Rechenschaftsablage und Rechnungslegung steht, wenn jedes dieser sukzessive aufgetragenen Geschäfte mit Einnahmen und Ausgaben verbunden war, darüber s. Kap. III.

Die häufigsten Fälle einer Verwaltung sind gesetzliche: Eheliche Güterverwaltung, Verwaltung von Kindes- und Mündelgut, Nachlaß-, Konkurs- und Zwangsverwaltung, Testamentsvollstreckung und wenigstens quasi die Verwaltung einer Vorerbschaft. Auch vertragsmäßig kann die Verwaltung eines Vermögens-

gegenstandes eingeräumt werden, und zwar kann schon in einem einzigen Auftrag oder Dienstvertrage als Gegenstand desselben eine Verwaltungsbefugnis begründet sein. Das Preuß. A.L.R. Teil I Titel 13, Abschnitt 2 §§ 109 ff. kannte hierfür einen besonderen Vertragstypus, den Verwaltungsvertrag, der einer speziellen Regelung unterstand. Nach B.G.B. unterliegt eine vereinbarte Verwaltung den allgemeinen Regeln des betreffenden Vertrages, also gewöhnlich des Auftrages oder des Dienstvertrages. Es müssen aber natürlich die vorgenannten begrifflichen Voraussetzungen für eine Verwaltung zusammentreffen. Deshalb scheidet von vornherein jeder Auftrag aus, der sich in einem einzigen Geschäft erschöpft, mag es auch aus mehreren, im Verhältnis zum Ziel des Auftrages unwesentlichen Einzel- und Nebenhandlungen zusammengesetzt sein. Werden für A die Mieten in seinem Hause von B einkassiert, so kann dies eine Verwaltungshandlung sein, wenn B von A den Auftrag erhalten hat, das Haus zu verwalten; lautet aber der Auftrag strikt nur auf das Inkasso, so steht nur ein einziges Geschäft in Frage, wenngleich zu dessen Ausführung mehrere Handlungen nötig sind. Es ist nach dem Gesagten wohl nur eine durch das Streben nach einer knappen Ausdrucksweise hervorgerufene zu weit gehende Behauptung von Fischer-Henle in Note 1 zu § 259, daß die Rechnungslegungspflicht den Beauftragten treffe (scil. schlechthin).

B.G.B. § 259 ist noch aus einem anderen Grunde nicht stets auf den vom Mandat handelnden § 666 B.G.B. anwendbar; denn nicht jede (beauftragte, aber auch unbeauftragte, entgeltliche oder unentgeltliche) Geschäftsführung hat notwendig Einnahmen oder Ausgaben im Gefolge. Einzelne Beispiele sollen dies erläutern.

a) Es übernimmt jemand auftragsweise die unentgeltliche (bzw. durch Dienstvertrag die entgeltliche) Verwaltung eines Hauses. Er hat für dessen Instandhaltung zu sorgen, die Mieten einzuziehen, die auf dem Hause ruhenden Lasten zu tragen und die mit dem Eigentum am Hause verbundenen sonstigen Ausgaben zu machen. Sämtliche Tätigkeiten dieser Verwaltung bringen Geld ein oder führen zu Geldausgaben. Die Verwaltung ist also eine solche, die mit Einnahmen oder Ausgaben verknüpft ist.

b) A bekommt den Auftrag, sich ein Haus anzusehen, das sein Auftraggeber B kaufen möchte, und Erkundigungen darüber einzuziehen. A ist nach § 666 B.G.B. Rechenschaft schuldig. Da er nur eine einzige ganz spezielle Tätigkeit auszuüben hat, so liegt keine Verwaltung vor. Ob also Einnahmen oder Ausgaben mit der Durchführung des Auftrages verbunden waren, darauf kommt es nach dem wörtlichen Standpunkt des § 259 nicht an; hat B solche zu verzeichnen, so bedarf es nicht der Mitteilung einer ihre geordnete Zusammenstellung enthaltenden Rechnung[3]). Daß und wieviel Einnahmen und Ausgaben er gehabt hat, muß er selbstverständlich gleichwohl angeben. Dies ist in der Verpflichtung zur Rechenschaftsablage enthalten, aber er wird die Angaben hierüber nach Lage der Sache nicht immer zu detaillieren und gesondert darzustellen brauchen.

c) B erhält von A den Auftrag, ein ihm bestimmt bezeichnetes Haus zu kaufen unter Aushändigung einer Summe, die er bei den Verhandlungen über den Kaufpreis einschließlich aller Kosten nicht überschreiten darf. Liegt hier eine Verwaltung des Geldes vor? Nein. Denn es ist keine Mehrheit von selbstständigen koordinierten Handlungen vorhanden, sondern nur ein Zusammentreffen unselbständiger, die sich alle um den Inhalt der Obligation, die Verpflichtung, einen Kauf abzuschließen, drehen. B hat daher wie im Falle b) nach § 666 Rechenschaft abzulegen, ohne aus § 259 zur Rechnungslegung verpflichtet zu sein[4]).

Bekommt aber jemand den Auftrag, eine ihm übergebene Summe Geldes zu verwalten, so liegen selbstverständlich durch die Geschäftsakte bedingte Einnahmen (z. B. Zinsen) und Ausgaben vor.

Ist schon im allgemeinen im Vergleich zu der Auskunftspflicht i. e. S. ein Kennzeichen der Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht der unveränderliche Inhalt derselben, so unterscheidet sich letztere noch in anderer Weise von einer bestimmten Gruppe der Auskunftspflichten, die gerade im Hinblick auf die

3) Über eine eventuelle Modifikation s. Kap. III.

4) Vgl. jedoch Anmerkung 3.

Basis der Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht, nämlich die Geschäftsführung, zur vergleichsweisen Betrachtung herangezogen werden muß. Mittelpunkt dieser Gruppe, die man als die Geschäftsführungsauskunft bezeichnen kann, sowie auch der verschiedenen Rechenschaftspflichten ist der § 666 B.G.B., sei es, daß da, wo das Gesetz eine Rechenschaftspflicht statuiert, sein Inhalt wiederholt oder fingiert oder ausdrücklich auf ihn Bezug genommen wird. § 666 lautet:

> Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft zu erteilen, und nach der Ausführung des Auftrages Rechenschaft abzulegen.

Im Falle eines Auftrages kann also die Auskunft verlangt werden, solange der Auftrag noch nicht ausgeführt ist [5]). Nur

---

5) Allerdings kann auch darüber Auskunft verlangt werden, ob der Auftrag schon ausgeführt ist. Dies folgt aus der Relativität der Wendung „Stand des Geschäfts". Der Auftraggeber muß diese Auskunft verlangen dürfen, um ermessen zu können, ob bereits der Anspruch auf Rechenschaftsablegung gegeben ist. Außerdem ist der Beauftragte gemäß § 666 verpflichtet, die erforderlichen Nachrichten unaufgefordert zu geben; hierzu hat man mit Planck Note 2 a. E. die Anzeige von der Erledigung des Auftrages zu rechnen. Der Umstand aber, daß der Auftraggeber den als notwendig erscheinenden Bericht hierüber ohne Aufforderung erwarten kann, schließt doch sicherlich die Klage auf Grund der Auskunftspflicht nicht aus. So lange freilich der Auftraggeber über die äußerliche Abwicklung des Geschäfts auf dem Laufenden erhalten wird, bedarf es keiner Klage. Es ist aber doch denkbar, daß der Beauftragte in der Erfüllung seiner Benachrichtigungspflicht lässig ist: soll da der Auftraggeber, der vielleicht längere Zeit nichts mehr über die Angelegenheit gehört hat, nicht darauf klagen dürfen, ihm Auskunft zu geben, ob der Auftrag schon erledigt sei? In prozessualer Hinsicht wird man hierbei nicht verlangen dürfen, daß der Klageantrag expressis verbis nur darauf laute, der Beklagte möge verurteilt werden, Auskunft über den Stand des Geschäfts zu erteilen, sondern es wird auch zulässig sein, daß die Frage nach der Erledigung des Geschäfts allein gestellt oder in den Klageantrag mit aufgenommen wird. Nötig ist es aber nicht, insbesondere kann in der Wahl der ersten Form nicht eine unzulässige Unbestimmtheit des Klageantrags erblickt werden.

wird freilich praktisch die Sache zuweilen so liegen, daß die nach Beendigung des Auftrages abzulegende Rechenschaft kaum mehr als eine Zusammenfassung der Berichte, die der Beauftragte über die einzelnen Phasen des Geschäfts als Auskunft erstattet hat, enthält. An Tatsachen wird der Beauftragte wohl nur das nachtragen, was er nicht als Auskunft mitgeteilt hat, außerdem aber gibt er höchstens noch Aufschluß über etwaige Kosten seiner Tätigkeit. Dagegen hat er zunächst einmal das vorhandene Tatsachenmaterial zu rekapitulieren, dann aber auch darüber zu referieren, d. h. seine Maßnahmen zu rechtfertigen, ob sie auch zweckdienlich waren und den Absichten, vielleicht auch den Instruktionen des Auftraggebers entsprachen. Dies muß selbst geschehen, wenn er es schon in Verbindung mit der Auskunft bei jeder einzelnen Maßnahme getan haben sollte, höchstens daß man in einem solchen Falle eine Bezugnahme gestatten kann. Rechenschaft bedeutet also Rechtfertigung, kritische Würdigung des Geschehenen durch den Beauftragten selbst. Für den normalen Fall, daß der Beauftragte nach den Anweisungen des Auftraggebers bezw. ein negotiorum gestor nach Anzeige von der Übernahme der Geschäftsführung nach den Entschließungen des Geschäftsherrn gehandelt hat, mag dieser beschreibende und den Zusammenhang erläuternde Tatsachenbericht dem Berechtigten nichts Neues bieten. Wertvoll ist aber für ihn das Recht dann, wenn der Mandatar oder der negotiorum gestor den Anweisungen entgegen das Geschäft führten. Es kommen ja aber nun nicht bloß Auftrag und negotiorum gestio in Betracht, sondern eine ganze Reihe von Rechtsverhältnissen, deren Verschiedenheiten es bedingen, daß auch der Pflichtenkreis des Geschäftsführers ganz verschieden ist, über dessen Beobachtung er sich durch Rechenschaftsablegung auszuweisen hat. Häufig ist der Geschäftskreis gesetzlich vorgeschrieben, ebenso häufig auch gesagt, was der Geschäftsführer zu unterlassen hat; positive Normen nach beiden Richtungen hin können ihm als Richtschnur für die Aufstellung seines Rechenschaftsberichts dienen. (Vgl. die den Geschäftskreis des Vormunds, des Zwangsverwalters, des Konkursverwalters enthaltenden Vorschriften.)

Die Rechtfertigung (Rechenschaft) könnte an sich schon gleich mit der Auskunft über den Stand des beauftragten Geschäfts, d. i. mit der Aufzählung der bis dahin erfolgten Tatsachen gegeben werden. § 666 B.G.B. hindert den Beauftragten hieran auch garnicht, verlangt es aber vor der Ausführung oder sonstigen Erledigung des Geschäfts noch nicht, sondern erst nachher.

Wie mit dem Auftrag verhält es sich mit allen anderen Geschäftsführungen, für die in Anbetracht der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht der § 666 B.G.B. maßgebend ist. Vielfach findet man die Auskunft über den Stand des Geschäfts oder der Verwaltung und die Rechenschaftspflicht darüber vereinigt, wenn auch nicht immer in ein und derselben Bestimmung. So zeigt sich die Verbindung außer beim Auftrag noch:

beim Dienst- und Werkvertrage, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat B.G.B. § 675 (Verweisung auf § 666);

bei der echten Geschäftsführung ohne Auftrag, § 681 (Verweisung auf § 666);

bei der unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, § 687 Abs. 2 (Verweisung auf § 666);

bei der Geschäftsführung eines Vereinsvorstandes, § 27 Abs. 3 (Verweisung auf § 666);

bei der Liquidation eines Vereins, § 48 Abs. 2 („die Liquidatoren haben die rechtliche Stellung des Vorstandes");

bei der Stiftung, § 86 (die entsprechende Anwendung des § 27 Abs. 3 ist vorgeschrieben);

bei der Geschäftsführung des sog. geschäftsführenden Gesellschafters, § 713 (Verweisung auf § 666) mit Modifikation für den Fall des § 740 Abs. 2 und mit Analogon für § 740 Abs. 2 B.G.B. im § 340 Abs. 3 H.G.B. betreffend den stillen Gesellschafter;

bei der offenen Handelsgesellschaft H.G.B. § 105 Abs. 2 (generelle Verweisung auf die Vorschriften des B.G.B. über die Gesellschaft);

bei der Verwaltung und Nutznießung des eingebrachten Guts der Ehefrau (Auskunftspflicht in § 1374 B.G.B., Rechen-

schaftspflicht in § 1421; der Inhalt des § 666 ist hier nach Auskunft und Rechenschaft getrennt wiederholt); desgleichen bei der Errungenschaftsgemeinschaft § 1546 Abs. 3, (Verweisung auf § 1421);
bei der Testamentsvollstreckung § 2218 (§ 666 ist allegiert).

In § 384 H.G.B. wird dem Kommissionär die Verpflichtung zur Rechenschaft auferlegt; von einer dem § 666 B.G.B. analogen Auskunftspflicht ipso verbo ist zwar nicht die Rede, wohl aber von der auch in § 666 B.G.B. enthaltenen Benachrichtigungspflicht nebst einem speziellen Beispiel für dieselbe, nämlich der Anzeige von der Ausführung der Kommission. Diese Benachrichtigung ist zwar spontan zu geben, da sie sich nur auf das für die Ausführung des Auftrages Wichtige beschränkt, durchgeführt werden kann sie aber bei Unterlassung nur durch die Klage auf Auskunft.

Auf ein fingiertes Auftragsverhältnis verweisen §§ 1978, 1991 B.G.B. Von den aus dem Auftrag zu entnehmenden Verpflichtungen bleibt hier aber nur die Rechenschaftspflicht übrig, da die Verwaltung des Nachlasses durch den Erben im Augenblick der Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder der Anordnung der Nachlaßverwaltung bereits beendet ist bezw. im Falle des § 1991 der Erbe den Nachlaß zum Zweck der Befriedigung der Nachlaßgläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben hat. Eine Auskunft über den Stand der Verwaltung kann vom Erben nicht mehr verlangt oder erteilt werden, da ihre Beendigung Voraussetzung der zitierten Bestimmungen ist. Die Rechenschaft ist dem Konkursverwalter abzulegen.

Eine besondere Stellung nehmen die Auskunfts- und Rechenschaftspflichten des Vormundschafts- und Konkursrechts ein. Der Vormund hat nach B.G.B. § 1840 jährlich dem Vormundschaftsgericht Rechnung und nach § 1890 nach Beendigung seines Amtes dem Mündel Schlußrechnung zu legen. Zu einer speziellen Auskunft dagegen über den Stand der Verwaltung ist er weder dem Gericht noch auch dem Mündel gegenüber verpflichtet, nur allgemein heißt es nach § 1839 B.G.B., daß er (wie auch der Gegen-

vormund) dem Vormundschaftsgericht jederzeit über die Führung der Vormundschaft (und über die persönlichen Verhältnisse des Mündels) Auskunft zu erteilen habe. Eine Gegenüberstellung von § 1839 mit § 1840 oder 1890 in dem Sinne, wie durch § 666 beim Mandat die Auskunftspflicht der Rechenschaftspflicht gegenübergestellt wird, ist also bei der Vormundschaft nicht am Platze. Wird der Mutter ein Beistand für die Vermögensverwaltung bestellt, so tritt an Stelle des § 1840 der § 1693. Der Beistand hat also dem Vormundschaftsgericht während seiner Vermögensverwaltung Rechnung zu legen.

Ähnlich ist es im Konkursrecht, wo der Konkursverwalter eine Schlußrechnung legen muß (K.O. § 86). Während des Konkurses hat der Verwalter der Gläubigerversammlung oder einem Gläubigerausschuß über die Verwaltung der Masse Rechnung zu legen; in welcher Weise und in welchen Zeiträumen, bestimmt ein Beschluß der Gläubigerversammlung (K.O. § 132 Abs. 2). Es verhält sich demnach K.O. § 132 zu K.O. § 86 ungefähr ebenso wie B.G.B. § 1840 zu B.G.B. § 1890. Daneben kennt die Konkursordnung noch verschiedene Verpflichtungen zur Berichterstattung. Dieses Wort hat eine mehrfache Bedeutung. In § 132 Abs. K.O., wonach der Verwalter über die Verwaltung und Verwertung der Masse Bericht erstatten soll, bedeutet es nicht nur die bloße Aufzählung der Verwaltungshandlungen und Maßnahmen zur Verwertung der Masse, sondern auch die Rechenschaft hierüber. Daneben besteht dann noch die Verpflichtung zur übersichtlichen Darstellung der Verwaltungsakte nach der rechnerischen Seite hin, d. i. zur Rechnungslegung. Dagegen bedeutet in K.O. § 131 der Bericht des Verwalters in der ersten Gläubigerversammlung über die Lage der Sache und über die bisher ergriffenen Maßregeln lediglich eine Auskunft, und zwar eine solche, die ohne Aufforderung zu erstatten ist. Das Überwachungsrecht des Gläubigerausschusses nach K.O. § 88 begreift in sich nur die Berichterstattung des Konkursverwalters über seine Geschäftsführung, d. h. Auskunft, aber keine Rechenschaft oder Rechnungslegung. Dafür hat der Ausschuß das viel schärfere Recht der Kassenrevision, selbstverständlich verbunden

mit dem Recht der Einsicht und Prüfung der auf die Kassenführung bezüglichen Bücher, Rechnungen und Papiere.

Ohne Verbindung mit einer Auskunftspflicht über den Stand des Geschäfts oder der Verwaltung tritt die Pflicht zur Rechenschaftsablage oder Rechnungslegung auf in folgenden Fällen:

in § 1214 B.G.B. (Rechenschaft des Nutzpfandgläubigers);
in § 1667 Abs. 2 B.G.B. (Rechnungslegung des Vaters über seine Verwaltung des durch ihn gefährdeten Kindesvermögens;
in § 1681 (Rechenschaft des Vaters über die Verwaltung des Kindesvermögens bei Aufhören der Vermögensverwaltung aus irgend einem Grunde);
in § 1686 (Entsprechendes wie in §§ 1667, 1681 gilt für die Mutter);
in § 1840 (Rechnungslegung des Vormunds während der Vormundschaft);
in § 1915 (desgl. des Pflegers während der Pflegschaft);
in § 1693 (desgl. des Beistandes der Mutter, soweit ihm die Vermögensverwaltung übertragen ist;)
in § 1890 (Rechenschaft des Vormunds nach Beendigung seines Amtes)[6];
in § 1897 (entsprechend den §§ 1840, 1890 bei einer Vormundschaft über Volljährige);
in § 2128 Abs. 2 (bei Sequestration der Erbschaft auf Antrag des Nacherben für den Fall rechtskräftiger Verurteilung des Vorerben zur Sicherheitsleistung an Stelle derselben);
in § 2130 Abs. 2 (Rechenschaft des Vorerben)[7];
in § 154 Zw.V.G. vom 24. 3. 97, (Rechnungslegung des Zwangsverwalters);

---

6) Dem Mündel gegenüber. Die Auskunftspflicht des Vormunds nach § 1799 Abs. 2 B.G.B. über die Führung der Vormundschaft besteht gegenüber dem Gegenvormund.

7) Die im § 2127 B.G.B. angeordnete Auskunftspflicht des Vorerben betrifft nicht den Stand seiner Verwaltung, sondern den Bestand der Erbschaft.

in § 1052 B.G.B. (entsprechend dem § 154 Zw.V.G. für den an Stelle des Nießbrauchers gerichtlich bestellten Verwalter);
in § 499 H.G.B. (Rechnungslegung des Korrespondentreeders);
in § 534 H.G.B. (Rechnungslegung des Schiffers);
in § 260 H.G.B. (Rechnungslegung und Rechenschaftsablage des Vorstandes einer Aktiengesellschaft der Generalversammlung gegenüber[8]) in Form der Aufstellung einer Bilanz und eines Rechenschaftsberichts).

Die meisten der genannten Bestimmungen enthalten eine Zeitangabe:

§§ 1881, 1686: nach Aufhören der Vermögensverwaltung;
§ 1840: jährlich;
§§ 1890, 1897, 1915, 1693: nach Beendigung des Amtes als Vormund, Pfleger, Beistand;
§ 2130: nach dem Eintritt der Nacherbfolge[9]);
§ 154 Zw.V.G.: jährlich und nach Beendigung der Verwaltung;
§ 534 H.G.B.: neben der Anordnung jederzeitiger Rechnungslegung auch solche nach der Rückkehr des Schiffers in den Heimatshafen;
§ 260 H.G.B.: innerhalb der ersten 3 Monate des Geschäftsjahres für das verflossene Geschäftsjahr.

Einige wenige Bestimmungen gestatten entweder ausdrücklich, die Rechenschaft oder Rechnungslegung jederzeit zu fordern, oder sie sagen garnichts über den Zeitpunkt, dann ist kein Anlaß

---

8) Nicht klagbar. Vgl. Arnold S. 13 Anm.

9) § 2130 Abs. 2 B.G.B., der die Rechenschaftspflicht ausspricht, enthält zwar nicht selbst die Zeitbestimmung, jedoch folgt die zeitliche Beschränkung auf den Eintritt der Nacherbfolge aus dem Zusammenhang mit Abs. 1 und überhaupt aus dem Wesen des Instituts der Vorerbschaft, bei dem in Wirklichkeit der Vorerbe nicht etwa als Verwalter eines fremden Vermögens anzusehen ist, sondern als einer, der kraft eigenen Rechts das Erbgut als sein Vermögen verwaltet. Dem Selbstbestimmungsrecht des Vorerben als Eigentümers des Erbguts würde es nicht entsprechen, wenn er noch vor Eintritt der Nacherbfolge Rechenschaft ablegen müßte. Vergl. Fischer-Henle, Note 1 zu § 2130 B.G.B.

vorhanden, die Rechenschaft oder Rechnungslegung, die über Tatsachen sich verbreiten soll und begrifflich während der Geschäftsführung zu jeder Zeit stattfinden kann, an deren Ende zu verlegen (so B.G.B. § 1214 Abs. 1).

Ein Blick auf die vorstehenden Verzeichnisse lehrt, daß diejenigen Fälle, in denen sowohl eine Auskunfts- als auch eine Rechenschafts- oder Rechnungslegungspflicht statuiert wird, und zwar in der Weise, daß die letzten beiden erst nach Ausführung des betreffenden Geschäfts oder der betreffenden Verwaltung zulässig sind, die Mehrzahl bilden. Ist man nun befugt, aus dieser Erscheinung als die vom Gesetz gewollte Regel herzuleiten, daß die Zeitbestimmung zum Begriff der Rechenschaftspflicht oder Rechnungslegung gehöre? Und entsprechend also in denjenigen Fällen, in welchen jederzeit Rechnungslegung gefordert werden kann, die Ausnahme zu sehen? Diese Fragen sind m. E. zu verneinen, denn es liegt kein Grund dazu vor. Wenn in der Mehrzahl der Fälle eine Zeitbestimmung hinzugefügt ist, so waren entweder Rücksichten auf den Charakter der betreffenden Geschäftsführung maßgebend, z. B. muß man es als nicht entsprechend dem Vertrauensverhältnis bezeichnen, das in der Ehe herrschen soll, wenn der Ehemann verpflichtet wäre, während bestehender Verwaltungsgemeinschaft Rechenschaft abzulegen, — oder aber man muß von der einfachen Erwägung ausgehen, daß dem Berechtigten zunächst nur daran gelegen sein kann, zu erfahren, daß etwas und was geschehen ist, und hierzu eine bloße Auskunftspflicht ausreicht, während das Verlangen, Näheres über das Wie zu hören, vorläufig als das minder Wichtige erscheint und deshalb erst später befriedigt zu werden braucht[10]). Aber begrifflich ist die zeitliche Verschiedenheit nicht und darum ist auch die gesetzliche Regel der Zeitbestimmung nicht als Begriffsbestimmung aufzufassen. Freilich, wo eine solche Ausnahme auftaucht ohne Zeit-

10) Dieser Standpunkt wird nur nicht immer eingehalten. Wo also Rechnungslegung oder Rechenschaft angeordnet wird und nicht erst am Schluß der Geschäftsführung abgelegt zu werden braucht, da enthält sie zugleich eine Auskunft, und demnach wird hier gleichzeitig dem Berechtigten Auskunft und Rechenschaft zugebilligt.

bestimmung und damit dem Begriff konform geht, ist nicht immer gerade die Wahl des die Ausnahme enthaltenden Tatbestandes mit innerer Begründung erfolgt. Ja eine Vorschrift (H.G.B. § 534 Rechnungslegung des Schiffers) enthält ausdrücklich Regel und Ausnahme zugleich. Innerlich rechtfertigen läßt sich die Verpflichtung zur Rechenschaftsablage oder Rechnungslegung noch während der Verwaltung eigentlich nur in den Fällen aus dem Familienrecht, da nämlich, wo der Gesetzgeber aus ganz exzeptionellem Grunde Mißtrauen gegen den Vater oder die Mutter hegt, (B.G.B. § 1667 Abs. 2) oder das Vertrauen in eine vielleicht langjährige Verwaltung des Vormundes nicht ausreicht, um ihn von der Rechnungslegungspflicht während der Dauer der Verwaltung (§ 1840 B.G.B.) gesetzlich zu entbinden; schließlich auch noch im Falle der K.O. § 132 Abs. 2, wo es für den Konkursverwalter gilt, die verschiedenartigsten Interessen einer durch das Konkursverfahren zusammengehaltenen heterogenen Gläubigerschar ohne besonderen Vorteil und Schaden des einzelnen Gläubigers zu wahren, und seine Geschäftsführung daher einer fortgesetzten Kontrolle bedarf. Inbetreff der Rechnungslegungspflicht des Schiffers und Korrespondentreeders aber läßt sich ein solcher innerer Grund nicht feststellen und ebensowenig bei der Rechenschaftspflicht des Nutzpfandgläubigers (B.G.B. § 1214), um die unterschiedliche Behandlung zu rechtfertigen. Es ist z. B. nicht einzusehen, weshalb ein Schiffer noch während der Reise soll Rechnung legen, während ein Beauftragter, der den Auftrag hat, ein Geschäft über See vorzunehmen, zur Rechenschaft vor Beendigung des Geschäfts nicht verpflichtet ist. Das Interesse des Auftraggebers, die Rechtfertigung zugleich mit den Tatsachen zu vernehmen, ist doch subjektiv wenigstens ebenso stark wie das der Reederei. In Wahrheit ist also im Bürgerlichen Gesetzbuch und sonst im Recht bezüglich der hier behandelten Frage die Regellosigkeit sanktioniert.

Kapitel III.

Rechenschaftsablage und Rechnungslegung in ihrem Verhältnis zu einander.

Die Erörterungen des vorigen Kapitels führen in Fortsetzung davon zur Feststellung des Unterschiedes zwischen Rechenschaftsablage und Rechnungslegung. Auf dem gemeinsamen Unterbau einer allgemeinen Auskunftspflicht sich erhebend, verleugnen sie ihren organischen Zusammenhang mit dieser nicht, zum Teil gehen sie aber doch ihre getrennten Wege.

Von der Rechenschaftsablegung spricht B.G.B. § 259 Abs. 1 folgendermaßen:

> Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen, hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder Ausgaben enthaltende Rechnung mitzuteilen, und soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

Das Wort „Rechnungslegung" oder die Wendung „Rechnung legen" kommt hier allerdings nicht vor, es ist jedoch außer allem Zweifel und herrscht unbedingte Einigkeit darüber, daß § 259 unter den angegebenen Voraussetzungen den Inhalt der Verpflichtung zur Rechnungslegung normiert [1]). Es ergibt sich dies übrigens auch aus dem Gesetz selbst, nämlich aus B.G.B. § 261, der an die §§ 259, 260 anknüpfend den Erfüllungsort für die dort statuierte Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides bestimmt; hier wird das Wort „Rechnungslegung" gebraucht.

Nach § 259 stellt sich diese lediglich als eine Abart der Rechenschaft dar, und zwar derjenigen, die über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung abzulegen ist. Die Abart betrifft nur die Ausführungsform. Während die Rechenschaft nach

1) Über die Frage, ob die Verpflichtung, Belege vorzulegen, mit zur Rechnungslegung gehört, s. Kap. VI. § 2 II. Abschnitt sub II.

jeder Richtung hin (auch nach der rechnerischen) die durch sie mitgeteilten Tatsachen in ihrer Bedeutung zu beleuchten hat, beschränkt sich die Rechnung — und das ist in diesem Worte charakteristisch ausgeprägt und dem Sprachgebrauch des täglichen Lebens angepaßt — auf das rechnerische, ziffernmäßige Ergebnis einer Geschäftsführungshandlung, so wie es überall als Einnahme und Ausgabe in Erscheinung tritt. Es haben also diejenigen Handlungen, aus denen sich die in ihrem rechnerischen Ergebnis mitgeteilte Tatsache zusammensetzt, keinen Raum in der Rechnung, sie sind vielmehr, soweit sie wichtig genug sind, um überhaupt erwähnt zu werden, in den Rechenschaftsbericht zu verweisen. Nicht ausgeschlossen ist, wie bereits im vorigen Kapitel auseinandergesetzt, daß auch die Rechenschaft einen Bericht über das finanzielle Ergebnis einer Geschäftsführung enthält. Wenn man da im einzelnen Falle nicht Rechnungslegung verlangen kann, so liegt dies daran, daß die betreffende Handlung, auf welcher der Geldumsatz beruht, nicht als Verwaltungstätigkeit zu zählen ist und der für § 259 maßgebende innere Grund dafür, Einnahmen und Ausgaben aus einer solchen in geordneter Zusammenstellung zu bringen, nämlich das Bedürfnis nach Übersichtlichkeit fehlt.

Hiermit ist jedoch nur wiedergegeben, was sich unmittelbar aus dem Wortlaut des Gesetzes (§ 259) deduzieren läßt. Es ist aber klar, daß dadurch nicht die Frage gelöst werden kann, ob Rechenschaftsablage und Rechnungslegung inhaltlich identische Wortbildungen seien oder nicht. Ersteres ist richtig, wenn man nur an die gemeinsame Basis, die Auskunftspflicht im weiteren Sinne denkt; darauf dürfte es jedoch nicht ankommen. Man hat auch das in § 259 gegebene spezielle Moment der Beschränkung des Tatsachenberichts nach der rechnerischen Seite hin ins Auge zu fassen und dabei zu beachten, daß in § 259 nicht von der Rechenschaft schlechthin die Rede ist, sondern von einer Rechenschaft, die über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung abgelegt werden soll [2]). Der Begriff der Rechen-

2) Dies übersieht Endemann Bd. I § 120 Anm. 9, indem er die Pflicht zur Rechenschaftsablegung schlechthin als Pflicht zur Rechnungslegung bezeichnet.

schaft erscheint also in § 259 nicht in voller Reinheit, sondern mit einem fremden Zusatze beschwert, der zwar als positives Tatbestandsmerkmal nicht außer Acht gelassen werden darf, aber geeignet ist, die begriffliche Unterscheidung zwischen Rechenschaftsablage und Rechnungslegung schlechthin zu verwirren. Erwägt man nun, daß das Gesetz in seinen einzelnen Bestimmungen bald von der einen, bald von der anderen Erscheinungsform der Auskunftspflicht i. w. S., sehr selten aber von beiden zusammen [3]) spricht, so erhebt sich die Frage:

1) Ob das Gesetz da, wo dem Wortlaut nach Rechnungslegung gefordert wird, sich mit der ziffernmäßigen Aufzählung der Rechnungsposten begnügt oder ob es nicht auch Rechenschaft verlangt, d. h. Erläuterung der einzelnen Rechnungsposten, nicht nach ihrer Erkennbarkeit hin (die natürlich zur Rechnungslegung selbst gehören würde), sondern nach der Richtung hin, daß ihre Begründung und Zweckmäßigkeit in dem aus der betreffenden Geschäftsführung sich ergebenden Zusammenhange dargetan wird;

3) So im Falle des B.G.B. § 2218. Im Abs. 1 daselbst wird der Testamentsvollstrecker durch Verweisung auf § 666 B.G.B. zur Rechenschaftsablage verpflichtet, Abs. 2 berechtigt den Erben, bei einer länger dauernden Verwaltung jährlich Rechnungslegung zu verlangen. Man darf wohl im Sinne der folgenden Ausführungen des Textes diese gleichzeitige Erwähnung als ein Anzeichen dafür nehmen, daß förmliche Rechnungslegung da, wo das praktische Bedürfnis nach Übersichtlichkeit hervortritt (vergl. „eine länger dauernde Verwaltung"), als Ergänzung für die Rechenschaft anzusehen ist, jedoch in der Weise, daß man die Rechenschaft als Oberbegriff anerkennen muß, nicht so, als ob beide gleichberechtigte Faktoren ein und derselben Auskunftspflicht i. w. S. wären, und zwar dies alles ohne Rücksicht darauf, ob eine Verwaltung vorliegt oder nicht. Dieser Anspruch des Erben gegen den Testamentsvollstrecker auf jährliche Rechnungslegung ist klagbar. Seinen präparatorischen Charakter leugnet er nicht, da er die Vorstufe ist zur Kenntnisnahme und Berechnung des endgültigen Saldos. Anders ist das Verhältnis der Rechenschaft des Vormunds bei Beendigung seines Amtes und der periodischen Rechnungslegung gemäß B.G.B. § 1840. Erstere erfolgt dem Mündel gegenüber und begründet einen klagbaren Anspruch, letztere kann nur vom Vormundschaftsgericht in Ausübung seines Amtes verlangt werden und ist daher nicht im Klagewege verfolgbar. Vgl. Kap. V.

2) ob es umgekehrt da, wo es von „Rechenschaft“ spricht, nicht auch das Formerfordernis des § 259 beobachtet wissen will, oder ob es nicht gar bloß die nach Einnahmen und Ausgaben getrennte Aufzählung von Rechnungsposten, also eine geordnete Zusammenstellung derselben, die rein rechnerische Gruppierung für ausreichend erachtet,

mit anderen Worten, ob die beiden Begriffe sich einmal gegenseitig ergänzen und sodann, ob nicht gegebenenfalls der eine für den anderen gebraucht werden kann, und zwar auch dort, wo keine Verwaltung in Frage kommt.

I. Die Motive Bd. II S. 537 sagen zum Auftrag § 591 E. I, betreffend die Art der Rechenschaftserteilung verdiene nur ein Fall besonders hervorgehoben zu werden, wenn nämlich der Gegenstand des Auftrages in einer Verwaltung bestehe. Solchenfalls müsse die Rechenschaft durch Legung einer Rechnung gegeben werden. Die Motive fügen hinzu, diese Art der Rechenschaftserteilung sei dann die einfachste, durch die Natur der Dinge geboten und im praktischen Leben allgemein gebräuchlich. Die Vorschrift habe die Bedeutung, daß die Rechenschaftspflicht in der vorgeschriebenen Weise erfüllt werden müsse, daß der Auftraggeber auf die Legung einer solchen Rechnung zu klagen befugt sei. . . . . Ebenso äußert sich die Denkschrift S. 45 dahin, daß für die Erfüllung der durch Auftrag ꝛc. oder negotiorum gestio übernommenen Verbindlichkeit, über eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft zu geben, die geeignete und allgemein gebräuchliche Form die Rechnungslegung sei. Das Gleiche wird von den unmittelbar kraft Gesetzes begründeten Verwaltungsfällen angenommen (Denkschrift a. a. O.).

Motive und Denkschrift behandeln also die Rechnungslegung als eine Form der Rechenschaftserteilung, und zwar als eine Form, deren Anwendung unter der Voraussetzung, daß eine Verwaltung vorliege, strikt geboten sei. Indessen schließen sie nicht das Mißverständnis aus, als müsse sich die Erfüllung der Rechenschaftspflicht im Falle einer mit Einnahmen oder Ausgaben verbundenen Verwaltung unter allen Umständen in der Rechnung

erschöpfen. Dies hieße aber doch nur einseitig eine allerdings recht wichtige Seite der Rechenschaftspflicht hervorkehren und würde nicht dem Bedürfnis gerecht, das der zum Rechenschaftsbegehren Legitimierte außer der Angabe der einzelnen Einnahmen und Ausgaben noch nach einer speziellen Erläuterung derselben haben kann, namentlich wenn der Rechenschaftspflichtige auch zur Auskunft verpflichtet war und diese garnicht erteilt wurde oder nur dürftig ausgefallen ist. Alsdann bedeutet die Erläuterung durch Rechenschaft eine willkommene Ergänzung der Auskunft oder vertritt geradezu deren Stelle, nur daß sie nachträglich und im Ganzen gegeben wird, nicht wie die Geschäftsführungsauskunft, die je nach der Zeitlage nur Einzelmitteilungen enthalten kann. Wenn der Verwalter eines Landgutes auf Grund unbeschränkter Generalvollmacht ein Gestüt anlegt oder zu einem landwirtschaftlichen Nebenbetriebe eine Spiritusbrennerei baut und der Gutsherr in der Rechnung unter den Ausgaben den Ankauf einer Menge Pferde für das Gestüt oder die aus dem Verkauf des Spiritus vereinnahmten Preise vorfindet, so will er auch, daß ihn der Verwalter darüber unterrichtet, warum überhaupt die Anlegung des Gestüts oder die Errichtung der Brennerei empfehlenswert sei, oder wenigstens, warum der Verwalter dies dafür gehalten habe. Dieser wird ihm also zur Begründung seines Tuns z. B. darüber Bescheid geben müssen, daß nach seiner Ansicht eine Konkurrenz mit einer in der Gegend gebildeten, vielleicht nicht recht lebensfähigen Pferdeeinkaufs- und Verkaufsgenossenschaft aussichtsreich sei, oder daß er gut bezahlte Remonten zu erzielen hoffe, oder daß die Spiritusbrennerei durch den ausgedehnten Kartoffelanbau des Guts gerechtfertigt und rentabel sei. Am ehesten ist eine solche Begründung da zu erwarten, wo die Ausgaben oder Einnahmen nach dem Maße der wirtschaftlichen Verhältnisse des Berechtigten als ungewöhnlich hoch erscheinen, und dies führt wieder auf den schon früher ausgesprochenen Gedanken zurück, daß der Rechenschaftsbericht weniger dort notwendig sein wird, wo die Geschäftsführung sich mit den Intentionen des Berechtigten deckt als da, wo sie mit diesen in Widerspruch tritt. Sie ist auch nicht immer notwendig zu jedem ein-

zelnen Posten der Rechnung zu geben, vielmehr ist nur im allgemeinen über den Gang der Verwaltung zu referieren, und nur wichtige Posten, die nicht ohne weiteres verständlich sind und nach der Art der Verwaltung nicht zu erwarten waren, muß der Rechnungsleger zur speziellen Verantwortung hervorheben. Die Aufnahme solcher je nach Lage der Sache umfangreichen Nebenbemerkungen in die Rechnung selbst bei dem betreffenden Einzelposten würde die erforderliche prägnante Kürze der Rechnung, die nicht mehr enthalten darf als zur Ausschließung von Zweifeln notwendig ist [4]), und mit der knappen Zusammenfassung die Übersicht über die ganze Rechnung beeinträchtigen. Die Mitteilung der eine Ausgabe oder Einnahme rechtfertigenden Verhältnisse ist also, nicht immer, aber doch je nach den Umständen eine notwendige Ergänzung der Rechnung. Je länger die Verwaltung dauerte, je umfangreicher und schwieriger sie war, desto

---

4) Was dazu gehört, läßt sich nicht unter eine einheitliche Formel bringen. Vgl. Bähr S. 267: „Eine Rechnung kann sehr wohl alles Wissenswerte für die Beteiligten enthalten, ohne doch einem Dritten verständlich zu sein." Indessen kann man doch aus der Praxis heraus behaupten, daß im allgemeinen dem Erfordernis des Ausschlusses von Zweifeln an der Identität genügt wird, wenn angegeben wird das Datum der Einnahme oder Ausgabe bezw. des Geschäfts, dessen summarische Bezeichnung, die unzweideutige Bezeichnung des Empfängers oder Gebers des Geldes und der Betrag der vereinnahmten oder verausgabten Summe. Was mehr in der Rechnung stehen muß oder was sie weniger enthalten darf, richtet sich nach dem einzelnen Fall. Eine Besonderheit für das Vormundschaftsrecht gibt § 1841 B.G.B.; sie ist nicht allgemein giltig. Man braucht deshalb nicht soweit zu gehen wie Rehbein, Entsch. des Ober-Tribunals Bd. 11 S. 602, der (beim Mandat) diese Momente direkt als Erfordernisse einer Rechnung hinstellt. Dagegen halte ich die Polemik Treitels S. 35 gegen Rehbein nur teilweise für gerechtfertigt, denn wenn auch noch Grund und Zweck der Einnahmen und Ausgaben in der Rechnung sollte ersichtlich gemacht werden, so ginge das allerdings über den Rahmen einer Rechnung hinaus. Andererseits bedeutet aber nicht schon die bloße Aufzählung der anderen oben bezeichneten Momente, wie Treitel meint, eine Rechenschaftsablage; was deren Wesen ausmacht, ist die Darstellung der inneren Zusammengehörigkeit und Zweckmäßigkeit der einzelnen Posten, die in der Rechnung selbst nicht veranschaulicht werden kann.

größer wird auch meist der neben der Rechnung einhergehende Bericht ausfallen. In BGB. § 1890 tritt diese Seite der Rechenschaftspflicht sogar mehr in den Vordergrund, dann nämlich, wenn und so weit der Vormund gemäß § 1840 BGB. im Laufe seiner Amtszeit bereits Rechnung gelegt hat (was ja nicht stets geschehen muß, da er, falls ihn der Vater des Mündels benannt hat, von diesem von der Verpflichtung aus § 1840 befreit werden kann). Alsdann, sagt das Gesetz, genügt die Bezugnahme auf diese Rechnung. Keineswegs sollte aber mit dieser Bestimmung im § 1890 ausgesprochen sein, daß damit auch der andere wesentliche Bestandteil der Rechenschaftspflicht, der Rechenschaftsbericht, entbehrlich werde. Wo übrigens im Laufe der Verwaltung eine periodische oder sonst wiederholte Rechnungslegung stattfindet (B.G.B. §§ 1840, 2218, K.O. § 132; auch vertragsmäßig kann die Wiederholung ausgemacht werden), da ist mit Rücksicht auf die später abzulegende Schlußrechnung und Generalrechtfertigung (B.G.B. § 1890, K.O. § 86) eine Rechtfertigung schon bei der einzelnen Rechnungslegung [5]) nicht nötig, denn diese Bestimmungen verfolgen hauptsächlich den Zweck, schon während der Verwaltung eine rein zahlenmäßige Übersicht zu geben, soweit sie sich nach dem Stand der Verwaltung erreichen und vervollständigen läßt, ohne indessen den wesentlichen Grundzug der Rechnungslegung, die Vorbereitung des Endsaldos und dessen Zahlung, zu leugnen.

II. Spinnt man den Gedankengang der Motive und der Denkschrift fort, so wäre der Gegensatz zu dem daselbst entwickelten Gedanken der, daß unter anderen Umständen, d. i.

---

5) Auch K.O. § 86, der nicht wie B.G.B. § 1890 ausdrücklich von einer Rechenschaft nach Beendigung der Verwaltung spricht, sondern von einer bei Beendigung des Amtes als Konkursverwalter zu legenden Schlußrechnung, enthält doch die Vorschrift einer Rechtfertigung, also der Rechenschaftsablegung, durch die Bestimmung, daß der Gemeinschuldner, jeder Konkursgläubiger und der nachfolgende Verwalter berechtigt sind, Einwendungen gegen die Rechnung zu erheben: hierdurch wird der aus dem Amte scheidende Verwalter zur vorherigen Rechtfertigung seiner Rechnung gezwungen, um solche Einwendungen überflüssig zu machen oder ihnen die Spitze abzubrechen.

dann, wenn keine Verwaltung vorliegt, die Form der Rechnungslegung zwar nicht verlangt werden dürfe, aber doch, wenn eben wegen ihrer Einfachheit und allgemeinen Gebräuchlichkeit im praktischen Leben tatsächlich erfolgend, nicht als unerwünscht empfunden werde. Ist man nun berechtigt, da wo das Gesetz „Rechenschaft" anordnet und keine Verwaltung vorliegt, dasjenige, was nach Motiven und Denkschrift nur erwünscht sein könnte, in einen Zwang zu verkehren und also die förmliche Legung einer Rechnung zu verlangen? Voraussetzung ist natürlich, daß überhaupt Einnahmen erzielt und Ausgaben erfolgt sind, denn den z. B. auf Grund eines Mandats Rechenschaftspflichtigen, der vielleicht nach Inhalt seines Auftrages keine Einnahmen erzielen und Ausgaben machen kann, zur Aufstellung eines die Ordnungsmäßigkeit der Rechnung veranschaulichenden Schemas zu zwingen:

Einnahmen: keine; Ausgaben: keine,

wäre zwecklos; es genügte, daß er irgendwo in seinem Rechenschaftsbericht erwähnt, Ausgaben und Einnahmen nicht gehabt zu haben; ja man wird, wenn nach Lage des Falles solche als ausgeschlossen erscheinen, nichts daran zu erinnern haben, falls dieser Punkt in dem Rechenschaftsbericht einfach fortfällt. Nicht anders verhält es sich bei einer Verwaltung; sind dort keine Einnahmen und Ausgaben zu verzeichnen[6]), so genügt die kurze Angabe dieser Tatsache; die Aufstellung des vorgedachten Schemas wäre überflüssiger Formalismus. Denn B.G.B. § 259 spricht nicht von einer Verwaltung, mit der Einnahmen oder Ausgaben verbunden sein *könnten*, sondern von einer solchen, in der sie tatsächlich entstanden *sind*.

Nehmen wir nach Erörterung dieser Voraussetzung die soeben gestellte Frage wieder auf: sie kann unbedenklich bejaht werden. Entscheidend ist, ob nach Lage der Sache nur durch Rechnungslegung die über das finanzielle Ergebnis zu ge-

6) Es wird das allerdings bei der im Begriff der Verwaltung liegenden Mannigfaltigkeit der Geschäfte kaum jemals eintreten, es sei denn, daß die Verwaltung stets nur in ein und demselben, keine Einnahmen abwerfenden und keine Ausgaben bedingenden Geschäft besteht.

währende Übersicht geboten werden kann. Die Art der Rechenschaft, sagt das Reichsgericht, (Entsch. v. 21. 6. 94 in J. W. 1894 S. 440 Nr. 63), hänge von den Umständen des Falles ab und könne sich bis zur Rechnungslegung mit Belegen steigern. Im Urteil vom 5. Mai 1891 (J. W. 1891 S. 341 Nr. 25) erachtet das Reichsgericht die Verbindlichkeit zur Rechnungslegung namentlich dann als begründet, wenn sich die Geschäftsführung eines Mandatars mit Einnahmen und Ausgaben über eine längere Reihe von Jahren erstreckt. Eine solche Geschäftsführung *kann* m. E. unter Umständen (vergl. Kap. II) als eine Vermögensverwaltung aufgefaßt werden, braucht es aber nicht zu sein. Ist sie es und sind damit Einnahmen oder Ausgaben verknüpft, so ist die Verpflichtung zur Rechnungslegung nach B.G.B. § 259 heute wenigstens unmittelbar ausgesprochen. Das Reichsgericht abstrahiert allerdings aus dem Tatbestand in J. W. 1891 S. 341 Nr. 25 den Satz, eine eigentliche Vermögensverwaltung sei keineswegs Voraussetzung der Pflicht zur Rechnungslegung; aber in dieser apodiktischen Form ist der Satz vom positiven Standpunkt des § 259 B.G.B. m. E. nicht richtig, sofern das Reichsgericht den Hauptnachdruck nicht auf das Wort „Vermögen", sondern auf das Wort „Verwaltung" legt. Man darf sich nicht verhehlen, daß die Frage, unter welchen Umständen die Form der Rechnungslegung zu beobachten sei, heute in den meisten Fällen bereits zweifelsfrei gesetzlich geregelt ist. Es sind das eben die Verwaltungs- oder doch Quasiverwaltungsfälle [7]). Nur verhältnismäßig selten wird die Frage zu Zweifeln Anlaß geben, dort nämlich, wo bei einer Geschäftsführung, die nicht Verwaltung ist, Gelder vereinnahmt oder verausgabt sind, also wohl dann namentlich, wo eine größere Zahl von Aufträgen ohne die Absicht, eine Verwaltung zu übertragen, erteilt ist. Innerhalb dieses beengten Spielraumes aber bleibt noch Platz

7) Vereinsvorstandschaft, Geschäftsführung in der Gesellschaft, Nutzpfandberechtigung, gerichtlich bestellte Verwaltung im Falle des B.G.B. § 1052, väterliche, ehemännliche, vormundschaftliche Verwaltung, Vorerbschaft, Testamentsvollstreckung, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs, Zwangsverwaltung, Konkursverwaltung.

für die vom Zweifel diktierten Erwägungen, die seinerzeit das Reichsgericht vor dem Inkrafttreten des B.G.B. anstellte, und deren Resultat, daß die Umstände des Falles entscheiden, behält auch heute seine Giltigkeit. Man betrachte folgende Beispiele:

1) A hat mehrere Geschäfte vor: er will Mieten einkassieren, ein Pferd verkaufen, ein Grundstück kaufen und noch einige andere detaillierte Geschäfte mehr. Er beauftragt mit ihnen allen zu gleicher Zeit den B, sei es in einem einzigen Vertrage oder in soviel Verträgen, als Geschäfte vorgenommen werden sollen. Von einer Vermögensverwaltung, überhaupt von einer Verwaltung, kann man hier in beiden Fällen nicht sprechen, es sei denn, daß man in unzulässiger Verallgemeinerung jede Tätigkeit, die einen Vermögenswert hat, als Vermögensverwaltungshandlung ansieht. Dennoch wird der Tatbestand mit Rücksicht auf die erhebliche Zahl der Geschäfte wie eine Vermögensverwaltung zu behandeln sein. B braucht also nicht schon nach Ausführung des einzelnen Geschäfts Rechenschaft abzulegen und betreffs der Einnahmen und Ausgaben innerhalb eines genauen Berichts den Betrag der einzelnen eingezogenen Mieten anzugeben bezw. den erzielten Erlös für das Pferd oder den Kaufpreis für das Grundstück mit den mit dem Kauf verknüpften Kosten, sondern er kann zunächst alle aufgetragenen Geschäfte abwickeln und legt dann Rechenschaft ab[8]), indem er einen Gesamtbericht erstattet und im

8) Klagt der Auftraggeber auf Rechenschaft aus einem Geschäft allein, z. B. wegen der Mieten, nachdem B. ihn von deren Einkassierung verständigt hat, so kommt es darauf an, ob dieses eine Geschäft Bestandteil eines Kollektivauftrages war oder Gegenstand eines selbständigen Auftrages neben den anderen über den Grundstückskauf usw. Im ersteren Fall wird er dem Kläger mit dem Einwand begegnen können, daß der Auftrag, d. h. die Summe aller selbständigen Einzelgeschäfte noch nicht erledigt, also nach § 666 B G.B. der Zeitpunkt für eine Rechenschaftsablage in toto noch nicht gekommen sei und in parte er keine Rechenschaft abzulegen brauche. Im anderen Falle wäre B. allerdings an sich verpflichtet, dem Klagebegehren nachzukommen, doch kann er darauf hinweisen, daß noch andere Geschäfte in erheblicher Zahl zu gleicher Zeit in

übrigen getrennt hiervon die Einnahmen und Ausgaben aus den verschiedenen Geschäften nicht gemischt chronologisch darstellt, sondern auf der einen Seite die Einnahmen, auf der anderen die Ausgaben ordnet, und zwar, soweit das Bedürfnis nach Übersichtlichkeit es gebietet, unter Sichtung nach den einzelnen Geschäften. Hier ergibt sich aus der Anhäufung der Einnahmen und Ausgaben, daß das Einflechten eines bloßen Berichts über die Tatsache, diese oder jene Einnahme sei erzielt, oder diese oder jene Ausgabe sei gemacht, in einen allgemeinen Bericht über die Tätigkeit des Beauftragten B die Übersicht über diesen wichtigen Bestandteil seiner aus der Mandatsbesorgung resultierenden Rechenschaftspflicht (d. i. über die Rechnung) stören oder hindern würde; wie groß die Zahl der Geschäfte sein müsse, um als erheblich zu gelten, ist natürlich Tatfrage.

2) Wenn aber B auftragsweise am Ersten des Monats Mieten einziehen soll und dies bis zum Zweiten besorgt, gleich darauf beauftragt wird, ein Pferd zu kaufen und nach Abwicklung des Kaufs einige Tage später mit dem Verkauf eines Grundstücks betraut wird, so ist kein Grund vorhanden, nicht für jedes Geschäft eine selbstständige Rechenschaft zu verlangen; auch wenn B noch mit der Erledigung des einen Auftrages beschäftigt ist und mittlerweile den neuen Auftrag annimmt und ausführt, hat er die mehrfach erzeugten Verpflichtungen zur Rechenschaftsablage getrennt durchzuführen und kann auf jede von ihnen selbständig verklagt werden [9]). Eine Unbilligkeit liegt hierin für den mehrfach Beauftragten nicht, da er ja bei Übernahme jedes nicht auf eine Verwaltung

---

anderen Verträgen in Auftrag gegeben seien, über die er einen Gesamtbericht erstatten könne, und die Abweisung der Klage angebrachtermaßen wegen plus petitio tempore, weil wider Treu und Glauben zu früh erhoben, erreichen.

9) Es steht prozessual natürlich nichts im Wege, die mehreren Klagen kumulativ miteinander zu verbinden (objektive Klagekumulation, C.P.O. § 260).

gerichteten Auftrages wissen mußte, daß er jedesmal auch Rechenschaft abzulegen habe, und dem Auftraggeber kann dies nur recht sein. Vielleicht ist auch der praktische Gesichtspunkt für ihn maßgebend, daß er von dem Ausfall einer Rechenschaftsablage die Erteilung eines neuen Auftrages abhängig macht und die Vertrauenswürdigkeit und Geschäftstüchtigkeit des Beauftragten prüfen will.

3) Liegen die Beispiele zu 1 und 2 so, daß dem B von vornherein gesagt wird, er solle eine Verwaltung ausüben, diese werde aber in die Form von lauter Einzelaufträgen gekleidet werden (Initiative und Bewegungsfreiheit sind keine begriffliche und rechtliche Voraussetzung für eine Verwaltung), so ist es wie zu 1: man könnte den B von der jedesmaligen Rechenschaftsablage wohl zunächst befreien und nach Erledigung des letzten Geschäfts einen Gesamtbericht fordern, falls nicht wiederum (bei sukzessiver Beauftragung) die mehreren Aufträge ausbleiben, sodaß keine erhebliche Zahl beisammen ist und der Auftraggeber später die Rechenschaftsablage über die wenigen ausgeführten Geschäfte verlangt.

In den Fällen zu 1 und 2 bliebe aber innerhalb des einzelnen Auftrages immer noch Raum für die Frage, ob die Rechenschaftsablage unter förmlich geordneter Aufstellung der mit diesen Geschäften vereinnahmten und verausgabten Gelder zu geschehen habe, und selbstverständlich ließe sich dann das Ergebnis auch verallgemeinern und auf jeden Auftrag ausdehnen, der von vornherein als Einzelauftrag, nicht als Glied einer Reihe von solchen gedacht war, da ein Unterschied zwischen den beiden Aufträgen nicht aufrecht erhalten werden könnte. Die Frage ist zu bejahen, wenn Einnahmen und Ausgaben aus diesem einen Geschäft so kompliziert sind, daß ihre Darstellung in einer äußerlich getrennten Rechnung sich empfiehlt. Indessen ist das doch mehr eine Frage der Praxis; diese wird sich mit Sicherheit über die theoretische Schwierigkeit hinweghelfen, ob bei einem einzelnen Auftragsgeschäft, dessen Inhalt doch keine Verwaltungshandlung ist, auch Rechnungslegung zulässig sei. Das praktische Leben hat

es schon aus bloß persönlicher Rücksichtnahme auf den Geschäftsherrn im Gefühl und erachtet es geradezu als der Verkehrssitte entsprechend, daß man Einnahmen und Ausgaben getrennt aufzustellen habe (Rechnung) und, was man sonst noch zu sagen hat, eben besonders sagen müsse (Rechenschaftsbericht), wo es letzteren überhaupt für erforderlich hält. Folgt man dieser Praxis des täglichen Lebens, so geht man nicht fehl, wenn man bei einem einigermaßen verwickelten Geschäft in Anbetracht der allgemein als Hauptsache angesehenen pekuniären Abrechnung eine Rechnung verlangt, nur darf man nicht auf deren formgewandten Abschluß etwa in kaufmännischer Art bestehen, sondern muß sich unter Beobachtung der Vorschriften des § 259 B.G.B. mit dem Mindestmaß der Anforderungen an Übersichtlichkeit begnügen.

Auf diese Weise ist nun allerdings das Erfordernis der Verwaltung aus B.G.B. ausgemerzt. Es liegt aber auch garnicht im Begriff der Rechnungslegung, sondern ist nur ein äußerliches Attribut und insofern allerdings angebracht, als die meisten Fälle des B.G.B. Verwaltungsfälle sind. Bezüglich der anderen Fälle, in denen eine Rechenschaftspflicht angeordnet ist, hat das Gesetz eine Stellungnahme inbetreff der Ausführungsform der Rechenschaft unterlassen. Daraus folgt aber nur, daß eine einseitige Regelung zugunsten der Verwaltungsfälle getroffen ist, der Begriff der Rechenschaft selbst ist im B.G.B. nicht festgelegt, er kann nur aus der Betrachtung des § 259 in Verbindung mit § 666 erst abstrahiert werden. Fragt man, ob sich die oben entwickelte Abweichung als eine Ausnahme von § 259 darstellt oder hierin eine analoge Anwendung des § 259 auf Tatbestände zu erblicken ist, die wegen des mangelnden Tatbestandemoments der Verwaltung nicht unter seine positive Herrschaft fallen, so scheint uns das letztere richtiger zu sein. Wenn das Erfordernis der Verwaltung dadurch eliminiert wird, daß auch bei einer Einzelhandlung Rechnungslegung einzutreten hat, so beruht dies darauf, daß bezüglich ihrer im speziellen Falle ebenso wie bei einer Verwaltung (d. i. einer qualifizierten Mehrheit von solchen) die Übersichtlichkeit in der Darstellung des rechnerischen Ergebnisses Bedürfnis ist. Hierin liegt aber die für die Analogie erforder-

liche Gleichheit des Rechtsgrundes für die gleichartige Behandlung von Verwaltung und Einzelgeschäftsführung. Die Analogie, deren Entwickelung wir aus den Motiven hergeleitet haben, erstreckt sich natürlich nicht bloß auf die echten Mandatsfälle, von denen die Motive ausgehen, sondern auch auf alle diejenigen Fälle, die sich um den § 666 B.G.B. gruppieren, ohne eine Verwaltung zum Gegenstande zu haben.

Kapitel IV.

Die Zwecke der Auskunftserteilung, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung.

Der allgemeine Rechtsgrund und Zweck des ganzen Instituts ist Aufklärung aus Billigkeitsrücksichten. Diese kann verschiedenen Sonderzwecken dienen. In Frage kommen ein informatorischer, präparatorischer, Kontrolle- und Sicherungszweck.

I. In den speziellen Auskunftspflichten des B.G.B. und anderer Gesetze lassen sie sich sämtlich, der eine oder der andere allein oder zusammen mit einem anderen nachweisen, aber nicht immer sind sie, wo sie vereinigt vorkommen, einander gleichwertig, indem der eine mehr in den Vordergrund tritt als der andere.

1) Der Informationszweck ist sicherlich der allgemeinste [1]), der auf alle eine Auskunftspflicht enthaltenden Bestimmungen zutrifft, er folgt aus der ratio, dem Aufklärungsbedürfnis, un-

1) So auch Hübner S. 88. Wenn dieser aber S. 89 meint, daneben sei auch in Wirklichkeit der Sicherungszweck bei allen Auskunftspflichten vorhanden, so ist dies wenigstens unmittelbar nicht richtig. Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß jede Auskunft die Position des Empfängers festigt, je mehr die Ungewißheit über die tatsächliche Lage, deren Kenntnis erstrebt wird, schwindet; aber diese Festigung wird doch erst durch die Information als solche erreicht und die Sicherung ist erst eine Folge davon.

mittelbar. Der beherrschende Gedanke ist, Bescheid zu wissen in seiner eigenen Rechtssphäre, insbesondere mit den Veränderungen, die darin durch fremde Einwirkung, z. B. durch eine Geschäftsführung vor sich gegangen sind. Gebe ich die Besorgung eines Geschäfts in Auftrag, so will ich wissen, wie es mit ihm steht, will wissen, ob es begonnen und wie weit es gediehen ist, ob es Aussicht auf Erfolg bietet und ausgeführt ist. Dies alles muß der Beauftragte wissen, während es der Auftraggeber naturgemäß nicht wissen kann. Es ist deshalb ein selbstverständliches Recht des Geschäftsherrn, über sein Geschäft auf Wunsch jederzeit unterrichtet zu werden, nicht sowohl, wie Rocholl Bd. II S. 238 bezüglich der Rechenschaftspflicht[2]) bemerkt, deshalb, weil er daraus möglicherweise eine Forderung gegen den Geschäftsführer haben könnte, als vielmehr deshalb, weil es seine Geschäfte sind, und er wissen muß, wie sich das Resultat nach allen Seiten hin gestaltet.

Aber auch in Auskunftsfällen wie in denen, die auf einer Veräußerung oder Abtretung beruhen, tritt der informatorische Zweck klar zutage. Wer eine Sache verkauft hat, der hat auch sozusagen seine Kenntnis von den rechtlichen Verhältnissen der Sache mitverkauft, und wer sie kauft, der soll sich über diese Verhältnisse orientieren können[3]), z. B. der Käufer eines Miets-

2) Hier allerdings nicht immer ganz zutreffend. Vgl. unten sub II.

3) Im Grunde genommen liegt hierin nur eine Anwendung des im B.G.B. durchgeführten Prinzips von Treu und Glauben im Verkehr. Bei Käufen usw. ist die Auskunftspflicht ein in besonderer Form sich zeigender Ausfluß der bonae fidei-Natur der Kontrakte, bei Cessionen und sonstigen Rechtsübergängen erklärt sie sich nicht minder wie bei Käufen usw. aus dem Bedürfnis, einen Weg zu finden, auf dem die Kenntnis des früheren Rechtsinhabers von dem dem Übergange zugrunde liegenden Tatbestand, die sich natürlich nicht anbefehlen läßt und nicht unbilligerweise vermutet oder fingiert werden darf, dem Rechtserwerber übermittelt werden könne. In beiden Fällen erscheint die Zubilligung eines Auskunftsrechts als etwas so Unerläßliches, daß der Verpflichtete sie spontan, nicht erst auf Befragen zu geben hat. Wenn in den Fällen einer Geschäftsführung (B.G.B. §§ 666, 675, 681) der Auskunftspflicht nur auf Verlangen genügt zu werden braucht, so darf man nicht übersehen, daß hier das Bedürfnis, die allernotwendigsten Kenntnisse zu er-

hauses über die Mietsverhältnisse, weil dies im Hinblick auf die Sukzession des Erwerbers in die einzelnen Mietskontrakte (B.G.B. § 571) von Wichtigkeit ist[4]). Oder derjenige, dem eine Forderung zediert oder auf den sie kraft Gesetzes übergegangen ist, muß die nötigen Handhaben erhalten, um sie mit Erfolg geltend machen zu können. Wer — ein Geschäftsführungsfall — über den Bestand eines Komplexes Auskunft zu erteilen hat, wie nach B.G.B. § 2362 Abs. 2 derjenige, welchem ein unrichtiger Erbschein erteilt ist, dem wirklichen Erben, muß dies tun mit Rücksicht darauf, daß der wirkliche Erbe soll beurteilen können, was der Besitzer und Inhaber des unrichtigen Erbscheins an das Nachlaßgericht herauszugeben hat und später ihm selbst zufallen wird.

2) Das letztgenannte Beispiel deutet bereits auf einen anderen Zweck hin, nämlich den, einen Hauptanspruch vorzubereiten. Es ist einem Erben häufig nicht möglich, den Bestand der herauszugebenden Erbschaft zu substantiieren und mit der Angabe eines bestimmten herauszugebenden Quantums hervorzutreten. Dazu muß ihm der Erbschaftsbesitzer erst das nötige Tatsachenmaterial liefern. Daher hat ihm z. B. nach § 2028 Abs. 2 B.G.B. derjenige, der sich zur Zeit des Erbfalles mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat, auf Verlangen Auskunft darüber zu erteilen, welche erbschaftlichen Ge-

---

langen, durch die vorgeschriebenen „erforderlichen Nachrichten" spontan befriedigt werden soll. Demgegenüber stellt die Auskunft schon eine spezialisierte Ausführung des vom Geschäftsführer vorerst nur in den knappsten Umrissen Gesagten dar, die allerdings besonders verlangt werden muß.

4) Planck, Erl. 1 zu B.G.B. § 444. Auch dann ist dem Erwerber dieses Recht zuzugestehen, wenn die Miets- oder sonstigen Verhältnisse ausdrücklich bestimmend gewesen waren für den Abschluß des Kaufes, sei es auch nur dazu, um den Käufer über die Eigenschaften des erworbenen Gegenstandes bis ins Einzelne genau zu orientieren, da möglicherweise der Verkäufer vor Abschluß dem Käufer nur eine allgemeine Gesamtübersicht über die Verhältnisse zum Zweck der Preisbestimmung gegeben und nur soviel gesagt hat, um eine Haftung für culpa in contrahendo auszuschließen oder keinen Grund zur Anfechtung wegen Irrtums zu geben.

schäfte er geführt hat und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist[5])[6]).

3) Schon hier zeigt es sich, daß die bisher genannten Zwecke häufig ineinander übergreifen und nebeneinander bestehen. Nicht weniger ist es mit den anderen beiden, dem Kontrolle- und Sicherungszweck, der Fall. Ein Auftraggeber z. B. hat nicht nur ein Interesse daran zu erfahren, daß das Geschäft für ihn geführt wird, und über die einzelnen äußeren Fortschritte desselben unterrichtet zu werden, sondern auch daran, daß es auftragsgemäß und in seinem Sinne gut geführt wird. Deshalb dient ihm das in § 666 B.G.B. gewährte Recht auf Auskunft über den Stand des Geschäfts auch dazu, den Gang der Geschäftsführung zu überwachen, um eventuell in ihn eingreifen zu können, indem er dem Beauftragten Instruktionen erteilt oder gar den Auftrag widerruft. Soweit er hiermit ein gefährdetes Interesse wahrt, tritt auch der Sicherungscharakter der Auskunftspflicht hervor.

Der Kontrollzweck ist, wie Hübner S. 88 richtig betont,

---

5) In einem Falle wird indessen in der Literatur der Herausgabeanspruch mit dem Anspruch auf Auskunft fast geradezu identifiziert. Strohal Bd. II S. 246 legt den schwierigen § 1973 Abs. 2 B.G.B. dahin aus, daß er sagt, die dem Erben auferlegte Verpflichtung, dem ausgeschlossenen Gläubiger den Nachlaßüberschuß nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zur Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben, erschöpfe sich in der Auskunftserteilung über den sich nach Maßgabe des § 1973 ergebenden Nachlaßüberschuß und in der Duldung der Zwangsvollstreckung in diesen Überschuß. Die Schwierigkeit, den Überschuß festzustellen, liegt in der Erörterung des Begriffs der „Herausgabe", die von manchen wörtlich wie in sonstigen Fällen als körperliches Hergeben aufgefaßt wird, von anderen aber nur als ein Dulden. Dazu gesellt sich die Frage, ob die Herausgabe, von der B.G.B. § 260 spricht, auch in diesem Sinne gedeutet werden darf.

6) Isay S. 127 gegen Dernburg Bürg. Recht II S. 87 legt der Geschäftsführungsauskunft nur den Informationszweck, nicht auch den präparatorischen Zweck bei, dem Dominus Kenntnis von der Existenz oder dem Umfange etwaiger Ansprüche gegen den Gastor zu geben; sie solle ihm vielmehr die Möglichkeit zu tatsächlichem Handeln, sei es zu Anordnungen, sei es zu persönlichem Eingreifen gewähren. Wir geben nur zu, daß der Vorbereitungszweck hinter dem Informationszweck zurücktreten kann.

nur dort denkbar, wo die Auskunft wiederholt begehrt werden kann, also nur in denjenigen Fällen, in welchen das Recht zur Einholung der Auskunft sich nicht mit einer einmaligen Auskunft erschöpft, sondern die Begleiterscheinung einer die Wiederholung der Auskunft gestattenden Geschäftsführung ist, mag die letztere eine auftragsmäßige oder auftragslose sein oder auf Grund einer gesetzlichen Verwaltungsbefugnis erfolgen. Deutlich hervorgehoben wird die Wiederholungsmöglichkeit durch den relativen Ausdruck „Auskunft über den Stand des Geschäftes" oder „über den Stand der Verwaltung" (z. B. B.G.B. §§ 666, 1874). Denn da die Geschäftsführung oder Verwaltung in ihrer Betätigung naturgemäß wechseln und verschiedene Stadien durchlaufen muß, so muß auch jedesmal bei einem Fortschritt in der Geschäftsführung die Auskunft anders lauten.

4) Der Sicherungszweck äußert sich mit besonderer Schärfe im § 799 Abs. 2 B.G.B., der den Aussteller einer abhanden gekommenen oder vernichteten Schuldverschreibung auf den Inhaber verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre (Z.P.O. § 1019) erforderliche Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung, die in dem ersten Entwurf des B.G.B. noch nicht enthalten war, ist erst von der zweiten Kommission hinzugefügt worden. Die Rücksicht auf das Bedürfnis des Verkehrs, die überhaupt die Kraftloserklärung von Schuldverschreibungen auf den Inhaber zuließ, erforderte nun auch Maßnahmen, durch welche die schon hierin liegende Sicherheit des Verkehrs weiter ausgestaltet und gefördert wurde.

Nicht zutreffend ist die Bemerkung Hübners (S. 89 a. a. O.), daß der Sicherungszweck erst aus dem Kontrollzweck hervorgehe. Ersterer kann auch ursprünglich einer Bestimmung innewohnen, z. B. dem soeben hervorgehobenen § 799 Abs. 2 B.G.B., von dem Hübner (S. 89) doch selbst sagt, daß er eine wiederholte Auskunftserteilung, die das Merkmal des Kontrollzwecks bildet, nicht zuläßt.

Auch im Falle der Nacherbschaft (B.G.B. § 2127) ist der Sicherungszweck des dem Nacherben gegenüber dem Vorerben

gewährten Auskunftsrechts unverkennbar. Er zeigt sich einmal in dem Tatbestandsmerkmal, von dem die Befugnis abhängig gemacht wird, daß nämlich Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben erheblich verletzt. Sodann gestattet zum Schutz dieser Rechte § 2128 B.G.B. dem Nacherben, bei Besorgnis einer erheblichen Verletzung Sicherheit zu verlangen; gerade aber, um die Notwendigkeit eines solchen Verlangens begründen zu können, muß er vom Vorerben durch dessen Auskunft über den Bestand der Erbschaft die nötigen tatsächlichen Unterlagen erhalten. § 2127 ist deshalb eine präparatorische Maßnahme für die Durchführung des § 2128 [7]).

II. Die Ausführungen zu I gelten auch für die Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht unter der Voraussetzung, daß man in diesen letzten beiden Pflichten nur äußere Erscheinungsformen des im Einleitungskapitel entwickelten Aufklärungsprinzips sieht, sodaß also auch sie begrifflich notwendig eine Auskunft i. w. S. enthalten müssen. So fügt sich das oben unter I wiedergegebene Zitat Rocholl's Bd. II S. 238, das speziell die Rechenschaftspflicht im Auge hat, in Verbindung mit der Hervorhebung der innerlichen Verwandtschaft der Rechenschaft mit der Auskunft (Rocholl a. a. O.) passend in den Rahmen seiner Erörterungen ein, die darauf abzielen, einen Unterschied zwischen der Rechenschaftspflicht des römischen Rechts und derjenigen des preußischen Rechts festzustellen und der ersteren einen rein präparatorischen Charakter im Hinblick auf eine später geltend zu machende Herausgabe, der letzteren aber einen informatorischen Charakter zuzusprechen.

Auf Rocholl stützt sich Treitel (S. 16) in seiner Beweisführung für dieselbe Tendenz, die im B.G.B. zum Ausdruck gelangt sein soll, unter Anlehnung an das preußische Recht und unter Heranziehung des Handelsgesetzbuches. Nach ihm kommt nämlich für die Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht i. e. S. neben dem präparatorischen Zweck auch der informatorische zum Ausdruck. Die Ausübung des Rechts auf Rechenschaftsab-

7) Vergl. Fischer-Henle § 2127 Anm. 1; Planck § 2127 Note 1.

lage und Rechnungslegung ist, wie er ausführt (a. a. O.), übereinstimmend mit dem preußischen A.L.R. nicht an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden; wo es den Anschein habe, als ob Rechnungslegung erst nach Abwicklung der betreffenden Geschäfte gefordert werden dürfe, also zu einer Zeit, wo es sich in der Tat um endgültige Regulierung, somit um Feststellung eventueller (präparatorischer Zweck!) Forderungsrechte und Herausgabe des Erträgnisses handle, insbesondere, wo im einzelnen Falle gesetzlich eine für alle Eventualitäten bindende Zeitbestimmung gegeben würde, sei dieselbe als eine Spezialvorschrift anzusehen; es sei dies bei den §§ 1421, 1681, 2130, 740 B.G.B. der Fall.

Die Beschränkung auf die zitierten Bestimmungen ist jedoch ungerechtfertigt. Sie läßt das große Gebiet der Geschäftsführungsfälle außer Betracht, die in Ansehung der Rechenschaftspflicht auf den § 666 B.G.B. Bezug nehmen oder dessen Inhalt wiederholen, § 666 aber knüpft die Rechenschaftspflicht an die Ausführung des Geschäfts oder an die Durchführung der Verwaltung, also an das Ende. Da diese Fälle die Mehrzahl sind, so können die von Treitel zitierten Paragraphen bezüglich der Zeitbestimmungen nicht als Spezialvorschriften in dem von ihm gedachten Sinne angesehen werden, allenfalls nur insoweit, als sie die Rechenschafts- oder Rechnungslegungspflicht aus fremden Rücksichten auf einen anderen festen Zeitpunkt verlegen, keineswegs sollte durch sie etwa ad hoc ein Unterschied von sonstigen Rechenschafts- oder Rechnungslegungsverpflichtungen demonstriert werden. Doch sehen wir einmal von den den zitierten Paragraphen 1421 ꝛc. B.G.B. beigefügten Zeitbestimmungen ab, so drücken jene Vorschriften mit aller Deutlichkeit aus, daß der mit der angeordneten Rechenschaft verfolgte Zweck ebenso wie in § 666 B.G.B. die Vorbereitung der Feststellung der Quantität herauszugebender Gegenstände oder des Umfanges von Komplexen solcher ist. Es kommt in ihnen das Wort „Herausgabe" ausdrücklich vor und die Beziehung der Rechenschaftspflicht zur Herausgabepflicht ist so scharf gekennzeichnet, daß für die Frage, welcher Charakter jener Beziehung innewohne, der Termin, zu dem die Rechenschaft gefordert werden könne, gar nicht in Be-

tracht gezogen zu werden braucht, ja man muß sogar sagen, daß die Zeitbestimmungen begriffliche Tatbestandsmerkmale speziell dieser Paragraphen sind, die sich aus dem Wesen des in ihnen behandelten Rechtsinstituts herleiten[8]), nicht etwa willkürlich beigefügt sind, sodaß es nicht so erscheint, als ob erst durch sie auf den präparatorischen Charakter jener Vorschriften hingedeutet würde.

Auch in § 740 B.G.B., der von den Rechten des ausgeschiedenen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft handelt, ist die Beziehung der im Abs. 2 daselbst angeordneten Rechenschaftspflicht zu einer Herausgabepflicht deutlich erkennbar. Denn wenn nach Abs. 1 Satz 1 der Ausgeschiedene an dem Gewinn und Verlust teilnimmt, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften ergibt, so muß ihm das Recht auf Rechenschaft und mit dieser auf Rechnungslegung gewährt werden, d a m i t er das Vorhandensein eines Gewinnes und eventuell dessen Höhe feststellen kann, den er soll einfordern dürfen; außerdem heißt es in Abs. 2: „der Ausgeschiedene kann . . . Auszahlung des ihm gebührenden Betrages . . . verlangen." Die zeitliche Beschränkung des Rechtes auf den Schluß jedes Geschäftsjahrs der Gesellschaft ist hier allerdings wohl nicht in dem Maße begrifflich wesentlich, wie bei den anderen von T r e i t e l herangezogenen Bestimmungen, und es könnte ebensogut die Rechenschaft nach dem Normalfall des § 666 B.G.B. gleich nach jedem beendeten Geschäft verlangt werden. Also eine Zeitbestimmung bleibt immer, nur ist deren anderweitige Festsetzung im Interesse der Gesellschaft erfolgt, um einer übermäßigen, bei großem Geschäftsumfang störend wirkenden Inanspruchnahme durch den oder die ausgeschiedenen Gesellschafter vorzubeugen. Ob der Berechtigte bei der offenen Handelsgesellschaft nach a. H.G.B. Art. 125 Abs. 3 Ziffer 2 oder bei der preußisch-rechtlichen Gesellschaft

8) Es sind dies das ehemännliche Nutznießungs- und Verwaltungsrecht, die väterliche Gewalt, die Erbfolge in der resolutiv bedingten Form der Vorerbschaft, die Gesellschaft. Mindestens die ersten drei dulden nach ihrem Wesen grundsätzlich keine Rechenschaftspflicht während der Verwaltungsdauer.

(A.L.R. Teil I, Titel 17, § 219) nicht an eine Zeitbestimmung gebunden gewesen sei, wie Treitel S. 16 a. E. behauptet, ist zweifelhaft. Koch, Kommentar zum zit. § 219 Bd. II S. 530 Anm. 80 verlegt den Zeitpunkt der Rechenschaftspflicht sogleich hinter die Beendigung des Geschäfts, nicht erst hinter die Aufhebung der Gesellschaft. Auch der Schluß aus Art. 125 a. H.G.B. ist nicht zwingend, denn mit der Bestimmung, die offene Handelsgesellschaft könne aufgelöst werden, wenn ein Gesellschafter bei der Rechnungslegung unredlich verfahre, ist kein Wort darüber gesagt, ob die Rechnungslegung an einen Zeitpunkt geknüpft war und an welchen; Treitel scheint allerdings nur die Möglichkeit im Auge zu haben, daß die Beendigung (Auflösung) der Gesellschaft in Frage komme, und an eine während bestehender Gesellschaft infolge Vollendung eines Einzelgeschäfts fällig gewordene Rechnungslegungspflicht nicht zu denken; nur so läßt sich die Heranziehung des m. E. ganz irrelevanten Art. 125 H.G.B. erklären. Für das heutige Recht jedenfalls trifft die Behauptung Treitels nicht zu, denn § 713 B.G.B., der auch für die offene Handelsgesellschaft und auch gegenüber dem dem Art. 125 korrespondierenden § 133 n. H.G.B. sowie gegenüber dem § 723 B.G.B. gilt [9]), verweist auf § 666 B.G.B. und dieser enthält, wie ausgeführt, eine Zeitbestimmung („nach Ausführung des Auftrags").

Anscheinend Recht behält Treitel mit der Berufung auf Art. 466, 503 Abs. 5 a. H.G.B. (§§ 499, 534 n. H.G.B.). Danach hat der Korrespondentreeder und der Schiffer jederzeit Rechnung zu legen, letzterer aber auch nach Rückkehr in den Heimathafen. Welchen Sinn hat es nun aber, für den Schiffer diesen festen Zeitpunkt noch besonders hervorzuheben, wo er logisch von der Bestimmung, daß er jederzeit Rechnung zu legen habe, mit umfaßt wird? Es kann dies m. E. nur die Bedeutung haben,

9) Bei unzeitiger Kündigung der Gesellschaft (B.G.B. § 723 Abs. 2) gehört zur Herstellung des Zustandes, der ohne den schädigenden Umstand bestehen würde (§ 249 B.G.B.), mithin zum Schadensersatze, daß der zu Unrecht Kündigende rechnungspflichtig bleibt. Mit der Schadensklage aus § 723 kann also Rechnungslegung begehrt werden. R.G. II. C.-S. v. 6. 12. 02, D.J.Z. 1903 S. 576 (Nr. 24 v. 15. 12. 03).

daß der Zeitpunkt der Rückkehr in den Heimatshafen als der nach dem Willen des Gesetzes für die Rechnungslegung regelrechte aufgefaßt wird, weil mit ihm die Vertretungs- und Verwaltungsbefugnis des Schiffers ihr Ende erreicht hat. Also ist gerade, zieht man die übrigen Rechenschaftsfälle zum Vergleich heran, die Zeitbestimmung für die Rechenschaft und Rechnungslegung das (positiv, nicht begrifflich) Normale, sofern darin zum Ausdruck kommt, daß das Geschäft beendet sein müsse, und die Anordnung einer solchen zu einem anderen Zeitpunkt eine anormale Bestimmung, wenn man sie auch begrifflich zunächst erwarten könnte; es sei denn, man ginge soweit zu sagen, daß das H.G.B. das Wort „Rechnungslegung" im Art. 466 a. H.G.B. (§ 499 n. H.G.B.) im technischen Sinne, im Art. 503 Abs. 5 (§ 534 Abs. 5 n. H.G.B.) aber nur in dem spezifischen Sinne einer Auskunft gebrauche. Es liegt jedoch vom gesetzestechnischen Standpunkt aus weder für das alte noch das neue Gesetzbuch ein Anlaß zu dieser Annahme vor, da doch sonst vielfach der Begriff der Auskunft in einen äußerlich auffallenden Gegensatz zur Rechenschaft oder Rechnungslegung gebracht ist. Wohl aber ist schon begrifflich bei einer an keinen Termin gebundenen Rechenschaft oder Rechnungslegung die Auskunftspflicht darin enthalten, nur erscheint sie nicht nur als solche, sondern als ein Mittelding zwischen Auskunfts- und Rechnungslegungspflicht, weil einerseits mehr als eine bloße Aufzählung von Tatsachen geboten werden soll, andererseits aber der sonst erforderte Abschluß der geschäftlichen Tätigkeit und damit der definitive Rechnungsabschluß fehlt. Mit solcher Auskunft oder halbfertigen Rechnung mag sich der Reeder begnügen, wenn sie ihm der Schiffer im Verlaufe der Reise über die bis zum Datum der Berechnung erzielten Einnahmen und über die bis dahin gemachten Ausgaben freiwillig erteilt. Weigert sich der Schiffer, diese Auskunft vor der Rückkehr zu geben, so ist selbst die Zulassung dieser (rein quantitativ) abgeschwächten Form der Rechnungslegung, die natürlich nur unvollständig sein und höchstens über einzelne Teile der Geschäftsführung vollständige rechnerische Übersicht gewähren kann [10]),

10) Die ziffernmäßige Berechnung hätte dann zu erfolgen, soweit das Geschäft oder die Geschäfte abgewickelt sind.

nur subjektiv von der Bedeutung, welche der Reeder selbst der unvollständigen Rechnung beilegt, objektiv aber von geringerer Bedeutung als die endgültige Feststellung des Saldos, weil der Reeder den Schiffer erst nach dessen Rückkehr, also zu einem Zeitpunkt, wo dieser bereits zur vollständigen Rechnungslegung imstande sein muß, mit der Klage hierauf belangen wird, und die Kenntnis der einzelnen Rechnungsposten nur sekundär, diejenige des endgültigen Saldos dagegen primär ihm als wertvoll erscheinen muß.

So mag denn Treitel mit seinem aus dem Seerecht entnommenen Argument für den informatorischen Charakter der Rechnungslegung bezüglich des von ihm genannten Beispiels durchdringen, eine Verallgemeinerung dürfte aber nur für die wenigen im Gesetz auftauchenden Ausnahmefälle statthaft sein, in welchen die Rechnungslegung oder Rechenschaftsablage sich nicht an das Ende der Geschäftsführung knüpft. (So etwa im Falle des § 1214 B.G.B.) Übrigens fällt die Abwickelung der Geschäfte mit der Rückkehr in den Heimatshafen nicht zusammen. Es ist denkbar, daß der Schiffer schon frühzeitig auf der Reise seine Geschäfte erledigt hat und darüber vollständige Rechnung legen kann; z. B. er hat gleich nach beendigtem Geschäft Havarie erlitten und läuft einen Nothafen an, von wo seine durch fremde Vermittlung überreichte Rechnungslegung dem Reeder früher in die Hände kommt, als es durch den Schiffer selbst möglich wäre. Dann hat die Bestimmung des H.G.B. im Vergleich zu den übrigen Rechnungslegungsfällen keine besondere Bedeutung mehr und das Informatorische tritt zurück. Selbstverständlich ist, daß die Befugnis, jederzeit Rechnungslegung zu verlangen, mit der einmaligen Erfüllung der Pflicht vor Erledigung der Geschäfte nicht erlischt, sondern bis zu derselben deren beliebige Wiederholung verlangt werden kann. Dies ist die Konsequenz ihrer auch die Auskunft mit umfassenden Doppelnatur.

Schließlich will Treitel (S. 18) aus B.G.B. § 1667 die Zulässigkeit der Rechnungspflicht herleiten, auch ohne daß es sich schon um eine Realisierung eines anderweitig begründeten Forderungsrechts handele. Hierzu ist jedoch zu bemerken, daß

nach Treitels Ausführung selbst die Gefährdung des Kindesvermögens die ratio legio ist, also dient die Anordnung der Rechnungslegungspflicht nach § 1667 mehr dem Sicherungs- als dem Informationszweck. Im Gegenteil muß das Gericht über die Verwaltung des Vaters schon mindestens soweit informiert sein, wenn auch nicht absolut ziffernmäßig, daß es das Vermögen des Kindes für gefährdet erachten kann und also eine Handhabe zum Einschreiten gegen den Vater hat. Daneben kommt auch noch der Kontrollzweck zur Geltung, wenn das Vormundschaftsgericht von seiner generellen Befugnis aus § 1667 Abs. 1 a. E., die zur Abwendung der Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen, in der Weise Gebrauch macht, daß es eine wiederkehrende Rechnungslegung anordnet und hierdurch die fernere Verwaltung des Vaters einer Prüfung unterzieht. Im übrigen ist die Heranziehung gerade des § 1667 als eines Arguments gegen den präparatorischen Charakter der Rechnungslegungspflicht in Ansehung einer künftigen Herausgabepflicht des Vaters um deswillen wenig gerechtfertigt, weil es sich gar nicht um einen zivilrechtlichen Anspruch des Kindes auf Rechnungslegung gegen den Vater handelt, sondern um eine Maßnahme, die das Vormundschaftsgericht kraft seines ihm speziell dem Vater gegenüber zustehenden Aufsichtsrechts trifft [11]; von einem Klagerecht des Kindes ist keine Rede, das Vormundschaftsgericht schreitet vielmehr von Amts wegen ein.

Ebensowenig hat die in § 1840 Abs. 2 B.G.B. normierte jährliche Rechnungslegungspflicht des Vormunds dem Vormundschaftsgericht gegenüber die Bedeutung einer materiellrechtlichen Befugnis, sondern der Vormund hat richtiger Auffassung nach wie jeder andere Verwalter dem Mündel erst nach Beendigung der Verwaltung Rechnung zu legen [12]. Es liegt dem § 1840 Abs. 2 offensichtlich der Kontrollzweck zugrunde. In Konsequenz davon wird auf Grund dieser Rechnungslegung der Vormund keine Entlastung erhalten [13]. Allerdings trägt hierzu wohl

11) Schmidt-Habicht S. 572 zu § 1667 Note 3b.

12) Schmidt-Habicht S. 90 zu § 1840 B.G.B. Note 1. Vgl. Motive Bd. IV S. 1157. Näheres s. Kap. V.

13) Er kann überhaupt nicht darauf klagen, nicht einmal nach Ablegung der Schlußrechnung. Vgl. Kap. VI § 7.

auch bei, daß eben die Rechnung in Anbetracht der noch nicht abgeschlossenen Vormundschaft (Geschäftsführung) unvollständig ist. Für sich betrachtet muß sie natürlich vollständig sein, d. h. die zurückgelegte Verwaltungsperiode ganz umfassen.

Der die Herausgabe des Mündelvermögens vorbereitende Zweck der Rechenschaftspflicht aus § 1890 (des Vormunds gegenüber dem Mündel) wird nicht dadurch tangiert, daß in § 1752 B.G.B. eine Rechnungslegung als sichernde Voraussetzung für die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Adoption des früheren Mündels durch den Vormund verlangt wird. Das Gleiche gilt für einen zur Vermögensverwaltung bestellt gewesenen Pfleger gegenüber seinem Pflegling.

Ebenso ist es gleichgültig, ob der Vormund das Mündelvermögen herausgibt, noch ehe er Rechenschaft abgelegt hat. Erfolgt die Herausgabe, so ist die das Verlangen nach Rechenschaft und Rechnungslegung zeitigende Ungewißheit über die Höhe des Quantums nicht beseitigt. Deshalb kann man auch den Satz von Fuchs S. 228 „die Herausgabe hat alsbald zu erfolgen, nicht erst nach Ablegung der Rechenschaft über die Verwaltung" passieren lassen, da er nichts Auffälliges enthält und nur die Lehre zum Ausdruck bringt, daß der Vormund kein Recht auf vorherige Rechenschaftsablage hat. Verweigert der Vormund die Herausgabe, so wird in den meisten Fällen der ehemalige Mündel oder der neue Vormund vorher auf Ablegung der Schlußrechnung klagen oder auch die Klage auf Herausgabe damit verbinden.

Nicht nur bei Sozietätsverhältnissen, sondern allgemein sagt Dernburg[14]), sei es nicht notwendige Voraussetzung des Anspruchs auf Rechnungslegung, daß der Rechnungsherr auf einen Abschluß zu seinen Gunsten zähle und die Herausgabe des ihm zukommenden Saldos betreibe; denn auch, wer wisse und zugebe, daß der andere Teil im Vorschuß sei, könne seinerseits Rechnungsstellung fordern, um eine Abwicklung des illiquiden Verhältnisses vorzubereiten.

14) Bürgerliches Recht Bd. II, Erste Abteilung S. 90 Nummer 1.

Ist damit wirklich der Zweck ausgeschaltet, eine Herausgabe vorzubereiten? Was heißt es, „der andere Teil sei im Vorschuß“? Ist die Umkehrung gemeint, daß der Rechnungssteller mehr Ausgaben macht, als er Einnahmen erzielt hat? Wenn der Rechnungsherr dieses aber „weiß“ und dennoch Rechnungsstellung verlangt, so kann sein „Wissen“ nur eine Vermutung nach der Richtung hin sein, daß die Ausgaben des Rechnungsstellers bis zu dem Augenblick seines Rechnungsbegehrens die Einnahmen überstiegen hätten, eine Garantie aber für die Richtigkeit seiner Vermutung hat er nicht. Der Rechnungslegungsanspruch basiert doch gerade auf der Ungewißheit des Rechnungsherrn über die Posten der Rechnung und deren Ergebnis, es muß also m. E. ein Widerspruch sein, einen Fall zu konstruieren, in welchem trotz der Kenntnis Rechnungslegung verlangt werden könne. Zwar ist denkbar, daß er eine Reihe von Posten kennt und sich das Fazit mit ziemlicher Genauigkeit berechnen kann, aber die Möglichkeit, daß dieser oder jener Posten in der Rechnung nicht mit aufgeführt ist, der natürlich den Saldo beeinflußt, besteht immer, solange sie nicht durch Tilgung des Anspruchs auf Rechnungslegung rechtlich aus der Welt geschafft ist. Darum rechtfertigt es sich, wenn der Rechnungsherr auf Rechnungslegung klagt, mag er auch nach seiner Meinung schon vollständig im Besitz der Kenntnis sämtlicher Rechnungsposten und damit des Saldos sein. Objektiv ist also bei Klageerhebung der eine Herausgabe vorbereitende Charakter der Rechnungsstellung gewahrt, wenn auch subjektiv der Rechnungsherr bei Einforderung der Rechnung von der Überzeugung ausgehen mag, daß sich kein Saldo zu seinen Gunsten ergeben werde. Nehmen wir an, X. habe einem Inkassobureau zur Einziehung einer zweifelhaften Forderung einen Kostenvorschuß übergeben. Das Inkassobureau habe dem X. in Form einer Aufstellung mitgeteilt, daß von dem Vorschuß ein Teil verbraucht sei und daß es die weitere Beitreibung der Forderung versuchen werde. Bei Empfang dieser Aufstellung weiß X. allerdings, daß das Inkassogeschäft noch im Vorschuß ist. Aber diese Daten hat er als Auskunft in Form von Ziffern erhalten, nicht als Rechnungslegung auf Grund des

beendeten Inkassovertrages (B.G.B. § 675). Setzt das Bureau seine Einziehungsversuche fort, so muß X. gewärtig sein, daß der augenblicklich noch als Guthaben für ihn zählende Vorschußrest aufgebraucht wird, ohne daß den Ausgaben Einnahmen gegenüberstehen. Die Gewißheit, daß der Vorschuß nur bis zur angegebenen Höhe geschmälert ist, bleibt ihm also nicht, sie verwandelt sich in Ungewißheit, und wenn er nunmehr in der Überzeugung, daß doch nichts von seinem Schuldner zu holen sei, den Inkassoauftrag widerruft oder kündigt, so ist die Rechnung, die das Bureau ihm jetzt schickt, eine wirkliche Rechnungslegung, mag sie inhaltlich auch jetzt noch so lauten wie früher, weil das Inkassobureau noch nichts weiter verausgabt hat. In Wirklichkeit verlangt also derjenige, der weiß, daß der andere Teil im Vorschuß ist, nur eine zahlenmäßige Auskunft, solange er das Verhältnis illiquide läßt und nicht erklärt, daß er es lösen wolle, bezw. solange nicht die Zeit abgelaufen ist, die als Geltungsdauer für jenes Verhältnis vorgesehen ist.

Kapitel V.

Die Erzwingbarkeit.

Von dem vom Gesetz verliehenen Befugnissen, Auskunft, Rechenschaft oder Rechnungslegung zu verlangen, gehören einige zu dem amtlichen Geschäftskreise des Berechtigten, so in den Fällen, in denen das Vormundschaftsgericht vom Vater, Vormund, Gegenvormund, Pfleger und Beistand die Auskunft ꝛc. fordert. B.G.B. §§ 1667, 1839, 1840, 1697, 1915. Die genannten Personen unterliegen der öffentlich-rechtlichen Aufsicht des Staates[1]). Die Zwangsmittel, welche dieser durch das Vormundschaftsgericht ergreifen kann, sind Androhung und Ver-

1) Der Vater nach Maßgabe der Bestimmungen des § 1667 B.G.B.

hängung von Ordnungsstrafen (§ 1837 B.G.B.) und im Falle des § 1667 Entziehung der Vermögensverwaltung (§ 1670). Die Ordnungsstrafe aus § 1837 kann beliebig oft, d. i. nach jedesmaliger fruchtloser Androhung gegen den Vormund oder Gegenvormund ausgesprochen werden, unter Beobachtung der Vorschriften des § 33 R.F.G.G. Hierdurch unterscheidet sie sich von der sonst aus § 1788 B.G.B. gegen einen Vormund zulässigen Ordnungsstrafe, denn diese darf nicht mehr als dreimal festgesetzt werden [2]). Ebenso steht im Konkursverfahren dem Berechtigten, wenn der Konkursverwalter selbst der Verpflichtete ist, nur zu, beim Amtsgericht die Verhängung einer Ordnungsstrafe gemäß K.O. § 84 anzutragen, eine Klage ist unzulässig, da die Berechtigten, die Gläubigerversammlung oder der Gläubigerausschuß, als solche zwar vertretungs- und stimmberechtigte Organe der Gläubigerschaft sind, aber keine Aktivlegitimation besitzen, der eigentlich Berechtigte vielmehr doch nur die gerade durch den Verwalter repräsentierte Konkursmasse ist.

Außerhalb des B.G.B. findet sich in Z.P.O. § 840 eine Auskunftspflicht, die gleichfalls nur indirekt erzwungen wird. Der Zwang besteht in der Androhung der Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, den ein Gläubiger dadurch erleidet, daß ihm der Schuldner der gepfändeten Forderung nicht Auskunft gibt auf die nach Maßgabe des § 840 Z.P.O. gestellten Fragen, ob und welche Ansprüche andere Personen an die Forderung machen (Ziff. 2), sowie ob und wegen welcher Ansprüche die Forderung bereits für andere Gläubiger gepfändet sei (Ziff. 3).

Nur in einem Falle kann überhaupt kein Zwang ausgeübt werden. Wenn ein Erbe ein Inventar errichten will durch Einreichung eines Verzeichnisses des Nachlasses beim Nachlaßgericht, sei es unter dem Druck einer ihm auf Antrag eines Nachlaßgläubigers vom Nachlaßgericht gesetzten Inventarfrist (§ 1994 B.G.B.), sei es ohne solche freiwillig (§ 1993), und das Nach-

2) Die Kosten trägt in Preußen nach Art. 16 Abs. 1 des preußischen F.G.G. v. 21. 9. 99 der Vormund usw., gegen den die Ordnungsstrafe festgesetzt wird.

laßgericht gemäß § 2003 zur Wahrung der in § 2002 vorgeschriebenen Form auf seinen Antrag das Inventar entweder selbst aufnimmt, oder die Aufnahme einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder einem Notar überträgt, so ist er gemäß § 2003 Abs. 2 verpflichtet, die zur Aufnahme des Inventars erforderliche Auskunft zu erteilen. Als Folge der Verweigerung der Auskunft oder absichtlich herbeigeführten erheblichen Verzögerung droht nun § 2005 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. dem Erben keine Ordnungsstrafe an und gibt keine Klage in die Hand, sondern läßt ihn für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haften. Es findet also allerdings ein mittelbarer Zwang statt, jedoch nicht zugunsten des Berechtigten, worauf es bei der Frage der Erzwingbarkeit allein ankommt, sondern nur durch Androhung eines Nachteils für den Verpflichteten. Aber dieser mittelbare Zwang beruht nicht auf einer rechtlichen Verpflichtung und ist daher nicht im Wege der Klage durchzuführen. Man könnte daran denken, daß hier eine sog. indirekte Rechtspflicht vorliege, wie deren im Gesetz eine ganze Reihe nachweisbar sind. Sie sind aber nicht sämtlich gleich geartet. Gewöhnlich nimmt man eine indirekte Verpflichtung dort an, wo das Gesetz für ein Verhalten rechtliche Vorteile verheißt oder rechtliche Nachteile androht. Doch genügt dieses äußere Kriterium noch nicht, um auch den Schluß auf eine Rechtspflicht zu gestatten, vielmehr kann der Schluß hierauf nur aus dem inneren Zweck der einzelnen zur Untersuchung stehenden Vorschrift gezogen werden[3]). Will man diese Vorschriften nach unterscheidenden Gesichtspunkten betrachten, so läßt sich mit Siber a. a. O. S. 68 wohl sagen, daß die im Gesetz sich findenden indirekten Mittel zur Förderung der Besorgung einer (bereits anderweitig vorhandenen) Rechtspflicht oder als Folge der Nichtbeachtung einer (vorhandenen) Rechtspflicht selbst auch sog. indirekte Rechtspflichten sind, daß dagegen solche indirekten Vorschriften, welche zur Förderung eines nicht durch Rechtspflicht gebotenen Verhaltens dienen oder als Folge

3) Siber in Iherings Jahrbüchern Bd. 50 S. 66—68. Als indirekte Rechtspflicht wird B.G.B. § 2003 von Buchka aufgefaßt, wohl in nicht zureichender Würdigung des oben angedeuteten Unterschiedes.

eines nicht durch Rechtspflicht untersagten Verhaltens gedacht sind, auch nicht den Charakter einer Rechtspflicht tragen. Zur letzteren Gattung gehört nun B.G.B. § 2003. Denn dem Erben, der zwecks Inventarerrichtung das Gericht oder den Notar angerufen hat, ist es nicht untersagt, die von ihm verlangte Auskunft zu verweigern. Der Auskunfts„pflicht" des § 2003 fehlt die allgemeine Voraussetzung der Klagbarkeit, nämlich ein schutzwürdiges Interesse des Berechtigten, es ist nicht einmal wie im Falle des § 1667 oder 1840 die staatliche Autorität des Nachlaßgerichts zum Zweck der Fürsorge für den Erben als schutzwürdiges Interesse anerkannt. Darum gehört die Auskunftspflicht aus § 2003 streng genommen überhaupt nicht zu den Auskunftspflichten im technischen Sinne. Noch weniger ist an eine Art Anstandspflicht des Erben zu denken, daß er, wenn er als Antragsteller mit der Inventaraufnahme eine Behörde oder einen Beamten bemüht, diesen hierbei entgegenzukommen habe; dieser Gedanke widerlegt sich dadurch, daß der Erbe nur die zur Aufnahme des Inventars erforderliche Auskunft erteilen soll, sie also ohne Schaden für ihn verweigern darf, wenn der Aufnehmende in der Lage ist, das für ihn Wissenswerte anderweitig zu erfahren. Der innere Zweck der Vorschrift des § 2003 ist vielmehr lediglich der, daß der Erbe indirekt zu einem Verhalten zwar genötigt werden soll, aus dem sich seine beschränkte oder unbeschränkte Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten ergibt; das ist aber ein Zweck, den man nicht mit äußerem Zwange erreichen will, denn dem Gesetz ist es einerlei, ob der Erbe die Inventarerrichtung unterlassen und die unbeschränkte Haftung auf sich nehmen oder ob er rechtzeitig ein Inventar errichten und sich die Möglichkeit ihrer Vermeidung sichern will. Ist doch dem Erbschaftsgläubiger sogar mehr damit gedient, wenn die angebliche Pflicht zur Inventarerrichtung verletzt, als wenn sie befolgt wird[4]). Darum ist es also vielmehr dem Verhalten des Erben überlassen, die Beschränkung seiner Haftung herbeizuführen, und die Erfüllung der Auskunftspflicht ist ein in sein Belieben gestelltes Mittel hierzu.

Die Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht aus § 260

4) Siber a. a. O. S. 68.

Abs. 2 H.G.B. ist nicht klagbar. Abgesehen davon, daß die hier behandelte sog. Rechenschaft des Vorstandes mehr umfaßt als einen Bericht über seine Verwaltung innerhalb des letzten Geschäftsjahres, nämlich allgemein einen solchen über den Vermögensstand und die Verhältnisse der Aktiengesellschaft, ist die Befolgung der Vorschrift durch die Androhung von Ordnungsstrafen nach § 319 Abs. 2 gesichert. Dies erklärt sich daraus, daß Empfänger der in § 260 Abs. 2 H.G.B. angeordneten Rechenschaft die Generalversammlung ist. Diese ist aber nicht mit der Aktiengesellschaft zu identifizieren, sondern nur ein neben Vorstand und Aufsichtsrat gleichberechtigtes Organ der Gesellschaft, wenn sie auch praktisch und statutenmäßig mehr Machtbefugnis haben kann, als die beiden anderen Organe. Vgl. hierüber Arnold § 2 S. 9—13, insbesondere S. 12: „Bei Erörterung der Rechtsbeziehungen zwischen Vorstand, Aufsichtsrat und Generalversammlung handelt es sich nicht um die Bestimmung des Inhalts eines Schuldverhältnisses, sondern um die nähere Darlegung der verfassungsrechtlichen Abgrenzung der Kompetenzen der Organe des Aktienvereins . . . Kommt es wegen der Aufschlußpflicht oder der Kompetenzabgrenzung überhaupt zu Differenzen, so entscheidet nicht der Richter, sondern die Macht des Stärkeren“ [5]). Denkbar ist dagegen die Klage der Gesellschaft, vertreten durch den Vorstand, gegen ein Mitglied desselben auf Grund der §§ 675, 666 B.G.B., weil dieses den anderen Vorstandsmitgliedern oder weil die Gesamtheit der ausgeschiedenen Vorstandsmitglieder dem neuen Vorstand Auskunft über den Stand der von ihnen geführten Geschäfte verweigert. Arnold a. a. O. S. 13 Anm. 1. Ist nur eine Person zum Vorstand bestellt, so kann die Gesellschaft mit der Klage auf Auskunft aus §§ 675, 666 nicht eher gegen ihn vorgehen, als bis er auf gesetz- oder statutenmäßigem Wege seiner Funktionen enthoben und ein

5) Staub läßt die Frage der Klagbarkeit aus § 260 H.G.B. offen, aber auch er sagt (Anm. 24 Zusatz zu § 260 S. 888), daß von einer eigentlichen Rechnungslegungspflicht beim Vorstand nur insoweit die Rede sein könne, als er selbst Geschäfte abgeschlossen habe und Verwalter von Gesellschaftsvermögen gewesen sei.

neuer Vorstand, der die Gesellschaft in der Klage vor Gericht vertreten kann, bestellt ist.

Besonderes ist noch vom § 1840 B.G.B. zu sagen. Für die Auffassung, daß die dort statuierte Rechnungslegungspflicht des Vormunds im Wege der Klage erzwingbar sei, ist nach dem Gesetz kein Raum. Die Motive S. 1157 vertreten die entgegengesetzte Ansicht[6]; sie sprechen dem § 1687 Abs. 1 Entw. 1 (§ 1840 B.G.B.) nicht lediglich den Charakter einer im Aufsichtswege erzwingbaren öffentlichrechtlichen Pflicht gegenüber dem Vormundschaftsgericht zu, sondern zugleich den Charakter einer dem Mündel gegenüber begründeten privatrechtlichen Verpflichtung, welche nötigenfalls auch im Wege des Prozesses durch einen zu diesem Zweck bestellten Pfleger erzwungen werden könne. Als im engen Zusammenhang mit jener Auffassung stehend stellen die Motive a. a. O. den § 1700 Abs. 2 Entw. I dar (1890 B.G.B.), der bestimmt, daß nach der Beendigung der Vormundschaft der Mündel nicht nochmals über die ganze Verwaltung die Legung einer neuen Rechnung verlangen könne, sondern daß, soweit der Vormund dem Vormundschaftsgericht eine Rechnung gelegt habe, die Bezugnahme auf diese Rechnung genügen solle. Die Motive denken sich die Sache also in der Weise, daß der ad hoc bestellte Pfleger namens des Mündels gegen den Vormund den Klageantrag dahin formuliert, dieser solle aus seiner bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt geführten vormundschaftlichen Verwaltung dem Mündel durch Einreichung einer mit Belegen versehenen Rechnung an das Vormundschaftsgericht Rechnung legen. Die Initiative zu dieser Klageerhebung hätte demnach das Vormundschaftsgericht selbst, da es erst den Pfleger bestellen müßte. Durchaus im gesetzlichen Rahmen bewegt es sich aber nur, wenn es als staatliches Aufsichtsorgan handelnd den Vormund zur Rechnungslegung auffordert. Bedenklich wird seine Stellungnahme indessen dann, wenn es sein staatliches Aufsichtsrecht dazu benutzt, um eine Pflegschaft in die Wege zu leiten, und den Pfleger veranlassen will, gegen den Vormund klagbar vorzugehen, damit ihm, dem Gericht, Rechnung gelegt werde. Es ist, wenn man aus § 1840 B.G.B. im Sinne

6) Siehe auch Philler S. 88 zu § 1840 Note 1.

der Motive eine privatrechtliche Rechnungslegungspflicht konstruieren will, nicht logisch, im Klagewege als Empfänger der Rechnungslegung das Vormundschaftsgericht selbst hinzustellen; dieses müßte konsequent sein und ebenso, wie es zur Aktivvertretung des Mündels einen Pfleger bestellte, auch zur Entgegennahme der Rechnung eine Pflegschaft in die Wege leiten. Weil nun aber § 1840 ausdrücklich anordnet, daß die Rechnung dem Vormundschaftsgericht selbst zu legen sei, so träte dieses in einer Doppelstellung auf, berechtigt als staatliches Aufsichtsorgan und unberechtigt durch Selbstermächtigung als privatrechtlicher Vertreter des Mündels, und zwar letzteres nur dem Wortlaut des Paragraphen zuliebe ohne Not, da es doch sonst, wo es sich darum handelt, gegen den als Beteiligten interessierten Vormund für den Mündel einen Vertreter zu finden, einen Pfleger bestellt. Mit Recht weist Opet-Blume (§ 1840 Note 1) darauf hin, daß es der sonstigen Stellung des Vormundschaftsgerichts nicht entspricht, wenn es die ihm gelegte Rechnung namens des Mündels (nicht bloß in dessen Interesse) prüft. Hierdurch wird das Gericht in eine Stellung hineingedrängt, die ihm nach dem Gesetz nicht zukommt, da es nicht selbst Partei sein, sondern als Aufsichtsorgan über den Parteien stehen soll.

Nicht richtig ist m. E. das Argument aus § 1890 Satz 2 B.G.B. Wenn dem Vormund nachgelassen ist, bei Legung der Schlußrechnung auf die von ihm nach § 1840 gelegten Einzelrechnungen Bezug zu nehmen, so ist dies, wie der Wortlaut des § 1890 zeigt („soweit"), nur quantitativ zu verstehen, d. h. die Erfüllung der Verpflichtung des Vormunds aus § 1890 soll ihm durch die Bezugnahme äußerlich erleichtert werden, und das kann geschehen, gleichgültig ob die Zwischenrechnungen in Erfüllung einer öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Pflicht gelegt wurden, wenn sie nur den Anforderungen entsprechen, die das Gesetz an eine ordnungsmäßige Rechnung stellt. Allerdings, benutzt der Vormund zur Erfüllung seiner ihm dem Mündel gegenüber obliegenden privatrechtlichen Verpflichtung aus § 1890 B.G.B. die von ihm früher dem Vormundschaftsgericht gelegten ordnungsmäßigen Rechnungen, so sind diese insofern als

auch dem Mündel gegenüber abgelegt anzusehen. Aber darum geht es doch nicht an, a priori zu behaupten, daß die alljährliche Rechnungslegung aus § 1840 zugleich auch dem Mündel gegenüber erfolgen solle, noch weniger, daß sie für diesen verbindlich sei. Vielmehr kann sie nach der Natur der Sache die Rechte des Mündels in keiner Weise beeinträchtigen; soweit die früher dem Vormundschaftsgericht gegenüber gelegten Rechnungen Unrichtigkeiten enthalten und unvollständig sind, kann sie der Mündel bei Legung der Schlußrechnung monieren, und hat sich das Vormundschaftsgericht während der Verwaltnug des Vormunds aus Irrtum oder Lässigkeit mit mangelhaften Rechnungen zufrieden gegeben, so schafft dies der Schlußrechnung kein Präjudiz [7]). Der Zusammenhang beider Verpflichtungen zur Rechnungslegung ist demnach nur lose und äußerlich, aber nicht, wie es nach den Motiven den Anschein erweckt, begrifflich und die Gestattung der Bezugnahme ist kein Beweis für den gleichzeitig zivilrechtlichen Charakter der in § 1840 normierten Verpflichtungen.

Wenn schließlich Dernburg [8]) betont, die Verpflichtung des Vormunds aus § 1840 sei auch eine Verpflichtung gegenüber dem Mündel, „sodaß die Verabsäumung den Vormund dem Mündel gegenüber schadenersatzpflichtig machen kann," so greift hiergegen ganz dieselbe Erwägung wie oben durch; die Schadensersatzpflicht kann sich auch an die Verletzung einer öffentlichrechtlichen Pflicht knüpfen.

Im übrigen macht Opet-Blume a. a. O. mit Recht darauf aufmerksam, daß § 1840 nicht eine überflüssige Wiederholung des § 259 B.G.B. ist, den Opet offenbar nur für zivilrechtliche Verpflichtungen zur Rechnungslegung gelten lassen will, sondern sich an ihn nur anlehnt. Im Prinzip stimmen sie ja auch miteinander überein, nur daß § 1841 als Ergänzung des § 1840 für die Zwecke der Beaufsichtigung des Vormundes von diesem in der Rechnung neben der geordneten Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben und der Beifügung der üblichen Belege eine Auskunft über den Ab- und Zugang des Mündelvermögens

7) Schultetus S. 199; Fuchs S. 228, Motive Bd. IV. S. 1184.
8) Bürgerliches Recht Bd. 4 § 122 S. 391.

verlangt. Aber gerade die Sonderbehandlung dieser innerlich mit § 259 identischen Rechnungslegung ist ein charakteristisches Kennzeichen für die Tendenz der Vorschriften, welche das Verhältnis des Vormundschaftsgerichts zum Vormund regeln: die Sonderbehandlung geschieht doch sicher nicht äußerlich deshalb, um noch die Verpflichtung zur Auskunft über den Ab- und Zugang des Vermögens einzuschalten, was technisch wohl in anderer Weise hätte geschehen können als durch die breite Wiederholung des § 259 und Anführung des Zusatzes, sondern um ihre publizistische Natur hervorzuheben, an der sich auch dadurch nichts ändert, daß in specie der § 1841 eine Sollvorschrift ist.

Sonst wird überall Auskunftserteilung, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung im Wege der Klage durchgesetzt, so auch im Falle des § 1891 Abs. 2: dem Mündel steht gegen den Gegenvormund ein Recht auf Auskunft zu über die Führung der Gegenvormundschaft und, soweit der Gegenvormund dazu imstande ist, auch über das vom Vormund verwaltete Vermögen.

Von untergeordneter Bedeutung ist hier die Frage, ob der Vormund zur Einreichung der Schlußrechnung (§§ 1890 B.G.B., 1892 Abs. 2) beim Vormundschaftsgericht durch Verhängung von Ordnungsstrafen gezwungen werden könne. Denn es handelt sich nicht mehr um die Rechnungslegung selbst, (diese muß vielmehr schon vollzogen sein), sondern um die Prüfung und eventuelle Abnahme der Rechnung, und für die Herbeiführung der Abnahme setzt § 1892 ein Verfahren fest, von dem streitig ist, ob das Vormundschaftsgericht es im Zwangswege durchsetzen dürfe. Die gewöhnliche Ansicht, der ich mich anschließe, geht dahin, daß der gerichtliche Zwang gegen den Vormund ausgeschlossen ist [9]).

Zum Schluß bedarf noch der § 1374 B.G.B. einer Erörterung, der den Ehemann bei dem gesetzlichen Güterstand der Ver-

9) Neumann § 1892 Note 1; Dernburg § 124 S. 399 sub IV i. f.; Hesse S. 218 Note 2 zu § 1892; Fuchs S. 230. A. M. Planck Bd. IV Note 2 zu § 1892 S. 785. Eine Mittelmeinung haben Schultzenstein-Köhne zu § 1892 Anm. 6, nur die Einreichung könne erzwungen werden, nicht aber das weitere Verfahren. Dagegen mit Recht die Ansicht Dernburgs a. a. O. Anm. 6, die von Planck Note 2 a. E. nicht widerlegt wird.

waltung und Nutznießung verpflichtet, der Frau über den Stand der Verwaltung auf Verlangen Auskunft zu geben. Unzweifelhaft ist die Auskunft mittels Klage verfolgbar. Bestritten ist aber, ob dieses Klagerecht nicht durch § 1394 Satz 1 eingeschränkt sei. Die herrschende Meinung ist für die Einschränkung[10]). § 1394 Satz 1 besagt, daß die Frau Ansprüche, die ihr auf Grund der Verwaltung und Nutznießung gegen den Mann zustehen, erst nach deren Beendigung gerichtlich geltend machen könne, es sei denn, daß die Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Frau nach § 1391 Sicherheit verlangen kann, d. h. wenn durch das Verhalten des Mannes die Besorgnis begründet ist, daß die Rechte der Frau in einer das eingebrachte Gut gefährdenden Weise verletzt werden. Nach Ullmann S. 275, dem ich mich anschließe, handelt es sich aber bei der Verpflichtung zur Auskunftserteilung nicht um einen Anspruch „auf Grund der Verwaltung und Nutznießung", d. h. um die Verfolgung eines Anspruchs aus einer Verletzung der Verwaltungspflicht, indem der Mann nicht verpflichtet wird, sich vor Gericht über die Ordnungsmäßigkeit zu verantworten, sondern um eine vorläufige Schutzmaßregel zugunsten der Frau, welche sie in den Stand setzen soll, die Verwaltung des Mannes fortgesetzt auf ihre Ordnungsmäßigkeit zu kontrollieren. Der Wortlaut des § 1394 scheint gegen diesen Standpunkt zu sprechen, weil man daran denken könnte, es sei der Anspruch auf Auskunft durch die Verwaltung hervorgerufen, also ein Anspruch „auf Grund der Verwaltung". Innerlich ist er jedoch gerechtfertigt. Die jederzeit während des Bestehens der Verwaltung und Nutznießung ohne die Einschränkung des § 1391 zu erteilende Auskunft hindert doch den Mann durchaus nicht an dem freien Selbstbestimmungsrecht in der Wahl seiner Verwaltungsmaßregeln und in der Ausübung seines ihm gesetzlich verliehenen Eigenrechts (nicht: seines von dem Eigentum der Frau abgeleiteten Rechts). Diese Freiheit seines Rechts ist aber kein Freibrief für ihn, die Verwaltung zum Nachteil der Frau zu führen, sie findet ihre Schranke in der Ver-

10) Planck-Unzner § 1374 Note 1; Opet-Blume Note 4 S. 132; Schmidt-Habicht Note 3e S. 215. Gegen sie Ullmann S. 275, 276 und Anm. S. 276.

pflichtung zur ordnungsmäßigen Verwaltung. An sich könnte ja der Mann, da er die Verwaltung als eigenes Recht, nicht als ein vom Recht der Frau abgeleitetes ausübt, mit dem Eingebrachten nach Gefallen, also auch zum Nachteil der Frau, verfahren; demnach ist diese Verpflichtung nicht als notwendiges Korrelat des ihm vom Gesetz übertragenen Verwaltungsrechts gedacht, sondern bildet nur insofern die Kehrseite seines Rechts, als sie ihn vom Mißbrauch desselben mit Rücksicht auf die Zugehörigkeit des Eingebrachten zu einem fremden Vermögen abhalten soll, d. h. sie ist, wie Ullmann richtig bemerkt, eine Schutzmaßregel zugunsten der Frau und zwar als Ersatz für das ihr entzogene Verwaltungsrecht, das sonst, wenn es ihr belassen wäre, sie instandgesetzt hätte, selbst die geeigneten Maßregeln zur Erhaltung und Verbesserung ihres eingebrachten Guts zu ergreifen. Darum ist auch insofern die Parallele, die Ullmann und Planck mit dem § 666 B.G.B. ziehen ‚nicht ganz zutreffend; denn dieser setzt durchaus das Bestimmungsrecht des Geschäftsherrn voraus und zwingt den Beauftragten sogar (arg. § 665 B.G.B.), nach den Weisungen des Auftraggebers zu handeln. Aber freilich, nach der Entstehungsgeschichte des § 1374 sollte, das hat Ullmann m. E. überzeugend dargetan, das Rechtsverhältnis der ehelichen Verwaltung (des eingebrachten Gutes) völlig dem Rechtsverhältnis der Verwaltung kraft Auftrages gleichgestellt werden. Planck-Unzner (Note 2 § 1374) sagt es auch, daß das Verhältnis das gleiche sei, wie nach § 666 B.G.B. beim Auftrage; aber obwohl er kurz vorher die im § 666 enthaltene Antithese von der Auskunft während der Ausführung des Auftrages und der Rechenschaft nach der Ausführung betont, zieht er doch nicht die Konsequenz daraus und widerspricht so sich selbst.

Eine Stütze für ihre Ansicht vermeinen Planck Note 2 § 1394 und Schmidt-Habicht Note 3e allerdings insofern im Wortlaut des § 1394 zu haben, als dieser nur von einer gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs auf Auskunft spricht. Das Recht auf Auskunft räumen sie der Frau im allgemeinen auf Grund des § 1374 jederzeit ein, nur die gerichtliche Geltendmachung knüpfen sie an die Beendigung der Verwaltung

und Nutznießung, falls nicht die Voraussetzungen des § 1391 vorliegen sollten. Ohne diese Voraussetzungen könnte also, angenommen, daß es sich wirklich um einen Anspruch auf Grund der Verwaltung und Nutznießung handelte, der Mann bei Verweigerung der Auskunft während Bestehens der Verwaltung nicht gerichtlich belangt werden. Planck-Unzner hilft sich so, daß er sagt, in der Verweigerung der Auskunfterteilung werde man unter Umständen einen Grund finden können, der in Verbindung mit anderen Tatsachen die Besorgnis einer erheblichen Gefährdung der Rechte der Frau in Ansehung des eingebrachten Guts rechtfertige; auf diese Weise sieht er die Voraussetzung des § 1391 und damit des Rechts auf die gerichtliche Geltendmachung des Auskunftsanspruchs als gegeben an. Man wird zugestehen müssen, daß dies nur ein kümmerlicher Behelf für die Frau wäre, da immer noch die Darlegung anderer mitbestimmender Umstände von ihr verlangt wird. Die Behauptung solcher anderer Umstände aber kann sich, wenn sie nicht bloße, manchmal leichtfertig angeführte Indizien für eine nicht ordnungsmäßige Verwaltung enthalten soll, nur in der Richtung bewegen, daß der Mangel der Ordnungsmäßigkeit selbst dargelegt und bewiesen wird; alsdann aber wird sich meist die Klage auf Auskunft für die Frau erübrigen, höchstens daß sie hierdurch den Umfang der bereits nachgewiesenen erheblichen Gefährdung ihres eingebrachten Gutes im Detail feststellen will, und sie wird sogleich auf Aufhebung der Verwaltung und Nutznießung Klage erheben können (B.G.B. § 1418 Ziff. 1). Nach Schmidt-Habicht § 1374 Note 3e lassen sich Verhältnisse denken, unter denen die Frau bereits durch die Verweigerung der Auskunft allein, ohne Verbindung mit noch anderen Umständen, nach § 1391 berechtigt werde, Sicherheit zu verlangen. Diese Meinung läßt sich eher hören als die von Planck-Unzner, aber der Schutzcharakter, der dem § 1374 schon an sich inne wohnt, gestattet der Frau, nun nicht erst zu warten, bis sie in die prekäre Lage kommt, erst unter den erschwerenden Voraussetzungen des § 1394 Schutz durch Sicherheitsleistung zu suchen.

Auch der Hinweis auf die Schadensersatzpflicht des Mannes

genügt nicht, um die Ausschließung der Klage auf Auskunft während Bestehens der Verwaltung und Nutznießung zu rechtfertigen. Zudem gründet sich eine Ersatzpflicht doch wohl selten auf die (nach § 1374 allerdings stets unberechtigte) Verweigerung selbst, höchstens umfaßt sie die Verpflichtung zum Ersatz etwa der Verwendungen der Frau zur anderweitigen Ermittlung der Verwaltungshandlungen des Mannes; diese können aber bedeutend geringer sein als der hervorgerufene Schaden. Zur Substantiierung dieses Schadensanspruchs bedarf es der Darlegung des schädigenden Ereignisses, gerade dies ist aber der Frau unbekannt, und sie könnte, wofern ihr nicht ein Dritter Aufklärung gibt, es erst durch eine Auskunft des Mannes erfahren; dafür die Verweigerung der Auskunft an die Stelle zu setzen, geht nicht an. Mit Recht bemerkt daher Dernburg[11]), es sei nicht einzusehen, wie in solchem Falle der Schaden dargelegt werden solle. Da Dernburg es empfindet, daß eine Vertagung bis zur Beendigung der Verwaltung und Nutznießung praktisch den Anspruch auf Auskunft illusorisch machen würde, so will er die Klage schon vorher zulassen. Er beruft sich darauf, daß § 1394 Satz 2 bezüglich der Unterhaltungsleistung eine Ausnahme vom Prinzip des § 1394 Satz 1 enthalte und hier entsprechend gleichfalls eine Ausnahme zu machen sei, erachtet es im übrigen aber auch als den Zweck der Auskunft, die Frau darüber zu vergewissern, ob die Voraussetzungen eines Anspruchs auf Sicherheitsleistung gegeben seien. Mit beiden Gründen steht Dernburg demnach auf dem Boden der von Ullmann reprobierten Auffassung; sie finden daher mit dieser ihre Erledigung. Was speziell den ersten Grund angeht, so erklärt sich die Ausnahme in § 1394 Satz 2 aus der unmittelbaren persönlichen Notlage, in welche die Frau geraten kann, wenn der Mann nicht für ihren Unterhalt sorgt, und mit deren Beseitigung sie natürlich nicht bis zur Beendigung der Verwaltung und Nutznießung warten kann. Diese Notlage tritt aber doch nicht bei jeder ordnungswidrigen Verwaltung ein, es läge daher, selbst wenn man die gegnerische Ansicht teilte, kein Anlaß vor, die ausdrücklich nur für den Fall der Unterhalts-

11) Bürg. Recht Bd. IV S. 139 Anm. 9.

gefährdung statuierte Ausnahme noch um eine weitere zu vermehren. Ob das andere Argument an sich richtig ist, kann man dahingestellt bleiben lassen, jedenfalls ist es vom Standpunkt der hier nicht vertretenen Auffassung unrichtig, denn danach müßte doch erst die Voraussetzung für den Anspruch auf Sicherheitsleistung nachgewiesen sein, ehe der Anspruch auf Auskunft gerichtlich geltend gemacht werden könnte, nicht aber dürfte umgekehrt, wie Dernburg will, durch die Auskunftserteilung erst die Grundlage für den Anspruch auf Sicherheitsleistung geschaffen werden.

Kapitel VI.

Auskunft, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung als obligatorische Leistung.

§ 1.

Der materiellrechtliche Charakter der Obligation.

I. Die Auskunft ist als selbständiges Rechtsinstitut überhaupt erst in der späteren dogmengeschichtlichen Entwicklung der hier behandelten Hilfsrechte gewürdigt worden. Bis dahin sah man sie, wofern man überhaupt von ihr sprach[1]), lediglich als einen Bestandteil der Rechenschaftsablage oder Rechnungslegung an und dokumentierte so nichts anderes als den allgemeinen Gedanken, daß sie wie diese auf demselben Boden erwachsen ist, ohne jedoch besondere begriffliche Regeln für sie aufzustellen oder ihr Verhältnis zur Rechenschaft oder Rechnungslegung näher zu untersuchen. Wenn heute allgemein das der Auskunftspflicht korrespondierende Recht auf Auskunft fast durchgängig als anspruchsbegründend gilt und ihm daher die Klagbarkeit beigelegt wird, so ist das erst eine als selbstverständlich angesehene Über-

1) Die Preuß. Allg. Gerichtsordnung vom 6. Juli 1793 hat einen Titel „von Rechnungssachen" I, 45 und erwähnt nur das Wort „Rechnungslegung" I, 13 § 43, I, 23 § 64.

tragung des Resultats, das man aus der Betrachtung der auf Rechenschaftsablage und Rechnungslegung gerichteten Verbindlichkeiten gewann. Diesen letztgenannten Verpflichtungen stehen unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit nicht die im vorigen Kapitel erwähnten Abweichungen Platz greifen, — darüber herrscht heute Einstimmigkeit — materiellrechtliche Ansprüche gegenüber, die dem Berechtigten ein Klagerecht gewähren [2]). Der materiellrechtliche Charakter der Obligation ist aber früher bezweifelt worden, so von Bähr in seinem Aufsatz über die Verpflichtung zur Rechnungsablage [3]). Nach ihm ist der Anspruch auf Rechnungslegung vielmehr ein prozessualischer, darauf gerichtet, daß der Beklagte darlege, was der Kläger aus dem betreffenden Verhältnisse zu fordern habe. Statt seinerseits mit Behauptungen vorzugehen, begehre der Kläger vom Verklagten Geständnisse. Aber freilich stecke hinter diesem prozessualischen Anspruch der materielle Anspruch auf Herausgabe dessen, was nach dem Ergebnis der Rechnungsablage dem Kläger zukomme, d. i. der Anspruch auf das reliquum reddere. Dieser Anspruch sei selbstverständlich in jeder Klage auf Rechnungsablage mit inbegriffen. Er bilde den materiellen Kern derselben.

Bähr nimmt als Ausgangspunkt für die Entwicklung seiner Auffassung die Substantiierungspflicht des Klägers. Aus der besonderen Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem die Klage entspringt, leitet er her, daß dem Kläger nicht zugemutet werden könne, das herauszugebende Quantum selbst zu substantiieren. Daraus folgt aber doch nur, daß diese Substantiierungspflicht wegen seiner Kenntnis der betreffenden Verhältnisse dem Beklagten obliegt, und damit würde die Besonderheit, die sich bei den Ansprüchen auf Rechnungslegung zeigt, erschöpft sein. Wer aber

2) Stets ist im B.G.B. nur die Verpflichtung, Auskunft zu geben oder Rechenschaft abzulegen oder Rechnung zu legen betont, also niemals dem Verpflichteten zugleich ein Recht eingeräumt, zunächst Auskunft geben oder Rechnung legen zu dürfen. Er kann also einer Klage auf Zahlung aus einem Rechtsverhältnis, das an sich den Kläger berechtigt, zunächst Rechnungslegung zu verlangen, nicht einen Einwand in diesem Sinne entgegenhalten.

3) Iherings Jahrbücher Bd. XIII S. 252ff.

einen Anspruch zu substantiieren hat, und welche Tatsachen von der Behauptungspflicht getroffen werden, gehört nach der heutigen unbestrittenen Doktrin durchaus dem materiellen Recht an. Bähr geht jedoch einen Schritt weiter und spielt die rein materiellrechtliche Frage ohne Not auf das prozessuale Gebiet hinüber, er sieht in den materiellrechtlichen Angaben des Beklagten prozessuale Geständnisse. Solche kann aber eine Partei nur auf Behauptungen hin machen, die der Gegner aufgestellt hat; hier aber ist ja gerade der Kläger von der Behauptungspflicht befreit, weil ihm die nötigen Unterlagen zu positiven Behauptungen fehlen, er hat nur das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses darzutun, das einen Anspruch auf Rechnungslegung nach dem Gesetz zeitigt. Es ist allerdings denkbar, daß in einem Prozeß ein Geständnis angenommen werden kann, wenn eine Partei eine ihr nachteilige Tatsache zugesteht und demnächst erst der Gegner diese Tatsache durch eine sei es auch nur stillschweigende Behauptung zu seinen Gunsten ausbeuten will; vgl. J. W. 1886, 39; 1891, 388 Nr. 14; 1895, 182 Nr. 5. Die Reihenfolge der Parteibehauptungen wäre dann nicht wesentlich. Aber Voraussetzung ist doch immer, daß hüben und drüben Behauptungen aufgestellt werden. Bei der Durchführung des Rechnungslegungsanspruchs aber will der Kläger nicht auf die Quantität des Herauszugebenden gerichtete Behauptungen aufstellen, weil er es gar nicht kann. Nun ist es ja dem Kläger unbenommen, das Herauszugebende gleich einzuklagen, ohne Rechenschaft oder Rechnungslegung zu verlangen, falls er den Anspruch auf Herausgabe substantiieren zu können glaubt. Er tut es aber auf sein Risiko; denn entweder klagt er zu viel ein und wird mit der unberechtigten Mehrforderung abgewiesen, oder er erkennt, daß er zu wenig eingeklagt hat, und sieht sich vor die Alternative gestellt, sich damit zu begnügen oder nochmals Klage auf den Rest zu erheben.

Bähr irrt sich offenbar über die Natur des gerichtlichen Geständnisses. Dieses ist kein Beweismittel. Die Annahme, daß der beklagte Rechnungsführer mit seinen Angaben Geständnisse mache, bedeutete daher nicht eine Verschiebung der Beweislast von dem an sich beweispflichtigen Kläger auf den Beklagten, sondern einen

Akt der Disposition über das streitige Recht durch Beweiserlaß (Begr. Z.P.O. S. 210). Aber um einen Beweiserlaß handelt es sich hier gar nicht. Die Beweislast ist nur eine Folge der Behauptungspflicht. Fehlt diese, so kommt jene nicht in Frage, und infolgedessen auch nicht ein Erlaß des Beweises.

Außerdem steht m. E. im Widerspruch mit der von Bähr behaupteten prozeßrechtlichen Natur des Zugeständnisses seine Annahme (S. 260 Anm. 1 a. a. O.), die Rechnungsstellung bilde einen materiellrechtlichen Anerkennungsvertrag.

Im übrigen ist auch die Behauptung Bährs unrichtig, daß der Anspruch auf Herausgabe, auf das reliquum reddere, in jeder Klage auf Rechnungsablage mit inbegriffen sei und deren materiellen Kern bilde. In doppelter Hinsicht. Einmal leugnet Bähr die Existenz zweier selbständiger materieller Ansprüche und verwirft deshalb konsequent die Anstellung eines neuen Prozesses auf Realisierung des eigentlichen Ziels der Rechnungsstellung, das reliquum dare (S. 284 a. a. O.). Sodann zeigt sich die Unrichtigkeit in den Fällen, in denen noch vor Abwicklung des gesamten Geschäftsführungsverhältnisses das Gesetz dem Geschäftsherrn die Einforderung einer Rechnung gestattet, obwohl sie der Natur der Sache nach nicht vollständig sein kann, der Geschäftsherr wenigstens im Ungewissen darüber bleibt, ob es der Fall sei, in den Fällen also, in denen der Zweck mehr die Information als die Feststellung des Herauszugebenden ist (H.G.B. §§ 499, 534). Dort handelt es sich noch garnicht um das reliquum reddere, weil die Geschäftsführung noch im Gange ist. Wenn man daher mit Bähr die Rechnungsangaben des Beklagten als Geständnisse auffassen wollte, so müßten sie bei Klageerhebung noch vor Beendigung des Rechtsverhältnisses im Hinblick auf die noch zu erwartenden Posten, die das Gesamtbild der Rechnung ganz verändern können, stets notwendig die Gefahr der Unrichtigkeit für die Zukunft in sich tragen, wenn sie auch momentan richtig sein mögen. Der Wert des Geständnisses würde demnach erheblich beeinträchtigt werden. Schon in seinem eigenen Interesse wird der Geschäftsherr Bedenken tragen, während der Geschäftsführung einen Saldo, den er sich zu seinen Gunsten herausgerechnet hat,

einzuklagen, d. h. in der Erwartung, daß sich ein solcher für ihn ergeben werde, Rechnungslegung zu verlangen und damit zugleich den Antrag auf Herausgabe des für ihn sich etwa ergebenden Saldos zu stellen, da er gewärtigen muß, zwar nicht, daß der Geschäftsführer die „Geständnisse" widerrufen könnte, weil sie im gegebenen Augenblick richtig sind, wohl aber, daß er seinerseits nach Beendigung des Rechtsverhältnisses auf Zahlung des Saldos, der sich tatsächlich zugunsten des damaligen Beklagten herausstellt, verklagt wird.

Überhaupt ist es zweifelhaft, wie hier gleich bemerkt werden mag, ob in solchem Falle gleichzeitig auf Herausgabe des unfertigen „Saldos" geklagt werden könne. Ich möchte die Klage geradezu verneinen mit Rücksicht auf den informatorischen Zweck, den die Rechnungslegung, soweit sie jederzeit zu erteilen ist, hat, und die Klage auf Herausgabe erst zulassen, wenn die Geschäftsführung beendet ist.

Dafür spricht auch die Fassung des § 254 Z.P.O. Aus ihm ist einmal unter Ausschluß jedes Zweifels ersichtlich, daß es sich um zwei Klagen, also auch um zwei selbständige Ansprüche handelt. Sodann gibt er durch die Wendung: „Klage auf Herausgabe dessen, was der Beklagte aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse schuldet", deutlich zu erkennen, daß er eine abgeschlossene Summe im Auge hat, deren dem Kläger unbekannter Wert endgültig feststeht. Wer aber glaubt, die letztere Folgerung nicht aus § 254 Z.P.O. herauslesen zu dürfen, weil auch das gemeint sein könne, was aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis noch während der Geschäftsführung geschuldet wäre, wird mindestens nicht umhin können, dem Geschäftsherrn von einem kostspieligen und zeitraubenden und überflüssigen Hin und Her an Prozessen abzuraten.

Die erste Folgerung, daß es sich um zwei selbständige Klagen handelt, a) auf Rechnungslegung, b) auf Herausgabe des Saldos, bedeutet die Abkehr von der Theorie Bährs und derjenigen Pfizers (a. a. O. S. 382 ff.), der fast ganz auf Bähr fußt, zu den Rechtsanschauungen der früheren Praxis, gegen welche die genannten Autoren mit ihren Ausführungen, daß

die Rechenschaftsablage und Rechnungslegung schlechterdings nicht Gegenstand eines selbständigen Anspruchs sein könnten, Stellung zu nehmen versucht hatten.

Pfizer führt aus, Rechnung ablegen heiße „reden und rechnen", beides sei aber keine zivilrechtliche Leistung (S. 390 a. a. O.), auch nicht in dem Sinne, wie die Herausgabe einer Urkunde eine solche sei (das Reden sei höchstens in Erfüllung des Dienstvertrages eines Vorlesers eine Leistung), folglich gebe es auch kein Endurteil auf Rechnungsablage. Die „Leistung" lasse sich nicht erzwingen, § 774 Z.P.O. a. F. (§ 888 n. F.), sei schwerlich anwendbar, denn der formellen Verpflichtung, eine Rechnung aufzustellen, könne der Verwalter jeden Augenblick genügen, aber für den Geschäftsherrn sei damit nichts gewonnen, auch sei „rechnen und reden", wie gesagt, regelmäßig keine materiellrechtliche Leistung, sondern eine prozeßrechtliche Tätigkeit, und nur Leistungen der ersten Art seien als Gegenstand der Zwangsvollstreckung im Sinne der Z.P.O. § 774 a. F. anzusehen.

Ist nun auch der Inhalt des § 254 Z.P.O. nur eine prozeßrechtliche Bestimmung, nämlich die Zulassung der Verbindung zweier Klagen und die Möglichkeit eines Vorbehalts der bestimmten Angabe der Leistung, welche der Kläger beansprucht, so ist diese Verbindung und Möglichkeit doch von materiellrechtlichen Voraussetzungen abhängig gemacht, und wenn geradezu von einer Klage auf Rechnungslegung gesprochen wird, so ist anzunehmen, daß die Z.P.O. sich nicht mit dem materiellen Recht hat in Widerspruch setzen wollen, dieses also einen besonderen Anspruch auf Rechnungslegung sehr wohl kennt. Die Legaldefinition des Anspruchs in B.G.B. § 194 spricht von dem Recht, von einem anderen ein Tun (oder Unterlassen) zu verlangen. Aus der Farblosigkeit des Wortes „Tun" geht hervor, daß das Gebiet dessen, was unter den Anspruchsbegriff fällt, sehr ausgedehnt ist, und es ist nicht abzusehen, warum nicht auch das Reden und Rechnen allgemein und nicht nur in der von Pfizer zugelassenen Ausnahme einen Anspruch begründen soll. Mit dem Recht, ein Tun zu verlangen, deckt sich die Verurteilung zur Erfüllung der

Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen (Z.P.O. §§ 887, 888, 889 n. F.). Die Judikatur hat sich stets dafür entschieden, vgl. für die Auskunftserteilung R.G. Bd. 39 S. 420, für die Rechnungslegung R.G. Bd. 7 S. 358, Bd. 8 S. 336, sie sieht sogar die Leistung als eine vermögensrechtliche an, R.G. bei Gruchot Bd. 49 S. 110. Mit gutem Grund; denn so wie der Hauptanspruch eine solche darstellt, ist auch der Rechnungslegungsanspruch auf diesen vermögensrechtlichen Effekt gerichtet.

Schwerer wiegt der Einwand, daß dem Geschäftsherrn mit einer Rechnung, die sich formell korrekt als solche darstellt, nicht gedient sei. Gewiß nicht, aber einmal hat er mit der Rechnung allein nicht immer eine Verpflichtung zur Rechnungsablage erfüllt, indem er nämlich den erläuternden Begleitbericht geben muß und hierzu durch Geldstrafe oder Haft nach § 888 Z.P.O. angehalten werden kann, und sodann liegt es in der Eigenart des Anspruchs begründet, daß einem zweifelsüchtigen Geschäftsherrn trotz Legung einer korrekten und vollständigen Rechnung nicht zu helfen ist, wenn er die für einen Offenbarungseid des Rechnungslegers erforderlichen Voraussetzungen nicht nachweisen kann (B.G.B. § 259 Abs. 2). Eine absolute Gewißheit läßt sich nun einmal nicht erzielen, und das Gesetz kommt dem Geschäftsherrn dabei noch dadurch entgegen, daß es ihm die Möglichkeit eröffnet, durch Erzwingung des Offenbarungseides vom Geschäftsführer einen Druck auf diesen zur vollständigen Angabe seiner Einnahmen (nur diese werden von der Manifestationspflicht betroffen) auszuüben; leistet dieser dann den Eid, so ist die Sachlage schließlich nicht anders wie bei jedem Schiedseid, d. h. der Geschäftsherr muß mit den aus der Eidesleistung sich ergebenden Konsequenzen zufrieden sein, und nunmehr nach Ermittlung des Herauszugebenden kann die Entscheidung über den Anspruch auf die Leistungen, deren Angabe bisher vorbehalten war, d. i. auf das Herauszugebende, vor sich gehen.

§ 254 Z.P.O. versagt jedoch, wenn der Beklagte den Offenbarungseid verweigert, dem Kläger also nicht die Feststellung des herauszugebenden Quantums gelingt. Durch die Verweigerung steht fest, daß der Beklagte die Einnahmen nicht so vollständig an-

gegeben hat, als er dazu imstande war. Dann bietet sich dem Kläger folgender Ausweg, zu einem befriedigenden Resultat zu gelangen. Er läßt die Leistungsklage auf Herausgabe fallen, für deren ziffernmäßige Bestimmung ihm ja doch die Unterlagen fehlen und die infolgedessen in der Luft schwebt, und strengt zwei Feststellungsklagen an: 1. die positive bezüglich der Einnahmen mit dem Antrage, festzustellen,

> daß ihm wegen verweigerter Erfüllung des Rechnungslegungsanspruchs ein Anspruch auf Ersatz des Interesses an der Rechnungslegung zusteht,

und mit dem weiteren in einer besonderen Klage geltend zu machenden Antrage im Hintergrunde, ihm das Interesse zu ersetzen und ihn nach § 287 Z.P.O. n. F. zur eidlichen Schätzung dieses Interesses zuzulassen; 2. die negative Feststellungsklage bezüglich der Ausgaben mit dem Antrage festzustellen,

> daß dem Beklagten gegen ihn kein Anspruch zusteht (oder zur Vermeidung einer plus petitio), daß dem Beklagten keine weiteren Ansprüche zustehen, als die er vielleicht auf die jetzt erhobene Klage hin geltend mache und beweise.

Das erforderliche rechtliche Interesse an der alsbaldigen Feststellung ist unschwer zu begründen mit der Fälligkeit der Hauptleistung und mit Tatsachen, welche die Beseitigung der Ungewißheit als erwünscht scheinen lassen. Ein absolut sicheres Ergebnis wird indessen damit nicht erzielt, da der Schätzungseid nicht vorgeschrieben, sondern es nur in das Ermessen des Gerichts gestellt ist, ob es ihn auferlegen will oder nicht (§ 287 Z.P.O. „kann"). Außerdem aber braucht das Gericht nicht unter allen Umständen positiv zu entscheiden, ob durch das Verhalten des Gegners ein zu ersetzendes Interesse begründet sei oder nicht. Vielmehr kann es aussprechen, daß in ersterer Beziehung nichts erwiesen sei, jedoch muß dann die Sache so liegen, daß sich das Gericht trotz Würdigung aller Umstände und Berücksichtigung auch bloßer Wahrscheinlichkeitsgründe die Überzeugung von dem Dasein eines zu ersetzenden Interesses nicht hat verschaffen können. J. W. 1899 S. 485 Nr. 12.

Dieser Weg war nach Pfizer Anti-Seuffert für das Gemeine Recht in Ermangelung einer Vorschrift wie Z.P.O. § 254, ohne daß der Kläger den Offenbarungseid hätte verlangen dürfen, von vornherein Rechtens. Er fragt: Was fängt der Geschäftsherr mit der Feststellung an, daß der Beklagte aus dem verwalteten, herauszugebenden Vermögen etwas empfangen hat, ohne zu wissen, wie viel? Der von uns vorgeschlagene Weg hat auch zwei Bedenken. Das eine davon gilt noch heute, wenn, wie im obigen Falle gezeigt, § 254 Z.P.O. versagt, weil sich die Rechnungslegung trotz der angewendeten Zwangsmittel und der Verurteilung zur Ableistung des Offenbarungseides nicht erreichen läßt; es besteht in dem Erfordernis eines bestimmten Antrages nach § 253 Abs. 1 Ziff. 2 Z.P.O. (§ 230 a. F.)., auch wenn das nach § 287 Z.P.O. einzuklagende Interesse der Höhe nach schwer bestimmbar ist. Pfizer meint (S. 393 Anm. 2), man dürfe den § 230 Abs. 1 Ziff. 2 Z.P.O. (a. F.) nicht buchstabenmäßig interpretieren. Wenn auch nach § 276 Z.P.O. a. F. (§ 304 n. F.) das Gericht über den Grund des Anspruchs vorab entscheiden könne, so sei es doch der Partei nicht verboten, ihre Klage in dieser Weise zu beschränken; auch habe es keinen Sinn, einer Partei, welche ein zu ersetzendes Interesse einklagen wolle, die Verpflichtung aufzuerlegen, ihr Gesuch auf eine bestimmte Summe zu richten, während doch nach § 260 Z.P.O. a. F. (§ 287 n. F.) die Summe vom Gericht nach freier Überzeugung festgesetzt werde. Es bedarf aber aller dieser Argumente gar nicht, der formalen Vorschrift des § 230 Z.P.O. a. F. kann dadurch Genüge geschehen, daß der Kläger einfach diejenige Summe angibt, auf die er sein Interesse eidlich schätzen will, falls das Gericht ihm nach dem Befund seiner Prüfung des vorliegenden Materials den Eid auferlegt; diese Summe ist das Höchstmaß dessen, was dem Gläubiger auf sein Begehren zugesprochen werden kann. Wenn auch das Gericht alsdann mit dem von ihm festgesetzten Höchstbetrag der Schätzungssumme, welche die eidliche Schätzung nicht übersteigen darf, hinter der im Klageantrage angegebenen Summe zurückbleibt, so ist das für die Verpflichtung des Gerichts, zu entscheiden, belanglos; es hat zu

entscheiden, weil formell ein bestimmter Antrag vorliegt. In Frage könnte höchstens kommen, nach welcher Summe die Gerichtskosten zu berechnen sind.

Das andere Bedenken wird für das Gemeine Recht durch die Pfizersche Theorie dadurch hervorgerufen, daß sie an die Stelle des durch Rechnungslegung zu ermittelnden und sodann herauszugebenden reliquum das nach § 287 Z.P.O. zu ermittelnde, auf Antrag durch Eid des Klägers abzuschätzende Interesse desselben an der Rechnungslegung, also ein Surrogat für das erstere ohne weiteres einsetzt, während sicher auch schon für die damalige Zeit die rechtlichen Voraussetzungen, von denen die Theorie bei diesem Verfahren ausgeht, daß es nämlich gar keine Klage auf Rechnungslegung gebe, nebst den hieraus folgenden Konsequenzen irrig waren. Für das heutige Recht ist dieses Bedenken ohne weiteres durch die Neuschaffung des § 254 Z.P.O. erledigt, und zwar soweit § 254 Z.P.O. deshalb tatsächlich Anwendung finden kann, weil der Beklagte dem Kläger eine genügende Rechnung stellt. Soweit das aber nicht der Fall ist, erledigt sich das Bedenken dadurch, daß der Geschäftsherr seinen Anspruch auf Herausgabe fallen läßt und dafür unter Zuhilfenahme von Feststellungsklagen sein besonders zu ermittelndes Interesse einklagt. Rein praktisch kann man wohl sagen, wird § 254 Z.P.O. stets genügen, denn selten wird ein Geschäftsführer, selbst wenn er es bis zu einer Verurteilung zur Ableistung des Offenbarungseides hat kommen lassen, diesen verweigern und sich den Geldstrafen und der Haft unterziehen.

II. Eine prozeßrechtliche Auskunftspflicht ist in Z.P.O. § 840 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 statuiert, aber sie ist, wie Gaupp-Stein Bd. 2 zu § 840 ad 1 ausführt, nicht klagbar, nur haftet bei Nichterfüllung der Drittschuldner dem Gläubiger für den daraus entstandenen Schaden.

§ 2.

Der Inhalt der Leistung.

I. Abschnitt.

Die Auskunft.

A. Inhalt und Grund der Auskunftsfälle.

Bei der Mannigfaltigkeit der Auskunftspflichten[1]) ist es notwendig, sie im einzelnen zu betrachten und eine Gruppierung zu versuchen, um gemeinschaftliche Gesichtspunkte für sie zu gewinnen und den Inhalt begrenzen zu können. Nebenher soll auch noch im Einzelfalle der gesetzgeberische Grund erläutert werden.

Gelegentlich der Entwicklung des Begriffs der Rechenschaft haben wir bereits die sog. Geschäftsführungsauskunft kennen gelernt. Sie umfaßt diejenigen Fälle, in welchen jemand auf Grund einer Geschäftsführung Auskunft zu erteilen hat. Eine allgemeine begriffliche Begrenzung ihres Inhalts läßt sich nicht geben, jedenfalls sind Mitteilungen insoweit zu machen, daß der Berechtigte hierdurch ein klares Bild von der Sachlage gewinnen kann. Dagegen brauchen die Mitteilungen nicht mit minutiöser Genauigkeit jede unbedeutende Einzelheit zu enthalten, andererseits sind aber nicht nur die für die Entwicklung des Geschäfts wesentlichen Momente hervorzuheben, sondern auch die Umstände, welche erkennen lassen, in welchem Geiste das Geschäft besorgt wird, insbesondere ob der Geschäftsführer auf die ausdrücklich kundgegebenen oder mutmaßlichen Intentionen des Geschäftsherrn eingeht. Bemerkt sei, daß nur eben die Angabe der Tatsachen nötig ist, welche dieses erkennen lassen, besonders darauf hinzuweisen braucht der Auskunftspflichtige in Erfüllung dieser seiner Auskunftspflicht nicht, denn das wäre eine gesteigerte Auskunft, d. i. Rechenschaft.

---

1) Eine ausführliche Übersicht siehe bei Hübner § 2.

Zu einer zweiten Gruppe gehören die Fälle, in welchen nach einer Veräußerung Auskunft zu erteilen ist, und zwar sowohl diejenigen, welche auf eine Veräußerung gerichtet sind, wie auch solche, welche die Veräußerung unmittelbar bewirken. Beide Arten fassen wir nach dem Vorgange von Hübner S. 14 unter dem Kollektivnamen „Veräußerungsauskunft" zusammen. Ihr Charakteristikum ist, daß die Auskunft ohne Aufforderung gegeben werden muß, aber sich nur auf das nach der jeweiligen besonderen Bestimmung Nötige beschränkt.

Schließlich läßt sich noch eine dritte Gruppe anführen, die in sich begreift, was nicht zu den ersten beiden gehört oder wenigstens besser besonders behandelt wird; zum großen Teil ist sie nur eine Abart der ersten Gruppe. Ihr gemeinsames Kriterium bildet das durch die Eigenart des Einzeltatbestandes hervorgerufene praktische Bedürfnis, eine Auskunftspflicht zu statuieren. Nach unserem Plan sollen die Geschäftsführungen, die hier eingereiht werden könnten, gleichzeitig mit der ersten Gruppe erörtert werden.

Erste Gruppe.

Die Fälle der Geschäftsführungsauskunft.

I. Ihr Mittelpunkt ist der § 666 B.G.B. An ihn lehnen sich die anderen an. Aus dem allgemeinen Teil des B.G.B. sind zu erwähnen die §§ 27 Abs. 3, 48, die von der Auskunftspflicht des Vereinsvorstands und der Liquidatoren handeln, und § 86, der die Stiftungen betrifft. Von letzteren heißt es daselbst, daß die Vorschriften des § 27 Abs. 3 B.G.B. nur insoweit Anwendung finden, als sich nicht aus der Verfassung, insbesondere daraus, daß die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, ein anderes ergibt. Ob lediglich deshalb, weil Verwalter der Stiftung eine öffentliche Behörde ist, deren Auskunftspflicht entfalle, ist doch zweifelhaft, da dies ja ebensogut unmittelbar hätte ausgesprochen werden können, wie es in § 86 Abs. 2 bezüglich der Anwendbarkeit der §§ 28 Abs. 2, 29 zu Gunsten einer öffentlichen Behörde geschehen ist. Maßgebend dürfte wohl sein, ob die Verfassung der Stiftung für den Fall, daß

sie die Verwaltung einer öffentlichen Behörde direkt überträgt oder diese auf sie nach den Vorschriften des öffentlichen Landesrechts übergeht, die Auskunfts- (und Rechenschafts-) Pflicht der Behörde ausschließt oder nicht, da § 86 die Entscheidung der Frage von dem Inhalt der Verfassungsurkunde abhängig macht. Enthält diese darüber nichts, so wird man die verwaltende Behörde für auskunftspflichtig erachten müssen, und zwar in Ermangelung einer Mitgliederversammlung, welche die Auskunft und Rechenschaft entgegennimmt, der vorgesetzten Dienstbehörde.

II. Dem Recht der Schuldverhältnisse gehören an vor allem § 666 selbst, ferner § 675 (Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben), §§ 681, 682 (echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag). Die Auskunftspflichten aus B.G.B. § 713, 740 sind dem Gesellschaftsrecht entnommen. Die Verwaltung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes steht allen Teilhabern gemeinschaftlich zu (§ 744). Versieht sie einer oder mehrere von ihnen, so handeln sie entweder als Beauftragte auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses[2]) oder es kann sein, daß zwar kein die Verwaltung regelnder Beschluß gefaßt ist und demnach an sich alle Gemeinschafter an der Verwaltung teilnehmen müßten, daß aber tatsächlich nur einer sie an sich gebracht hat; alsdann handelt er ohne Auftrag.

1) Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung beim Auftrag hängt aufs engste mit dem Vertrauensverhältnis zusammen, das zwischen Auftraggeber und Beauftragten entsteht. Eine Wahrnehmung seiner aus dem Auftrage herrührenden Rechte würde dem Auftraggeber meist unmöglich sein, wenn ihm das Gesetz nicht in der Verpflichtung des Beauftragten zur Auskunftserteilung hilfsweise ein Mittel in die Hand gäbe, sich zunächst einmal zu versichern, ob dieser nach dem näheren Inhalt des Vertrages verfährt und so nach der subjektiven Ansicht des Auftraggebers sich ihm Aussicht auf den erstrebten Erfolg bietet. Die Auskunft erstreckt sich demnach auf alles, was hierauf Bezug hat, erst recht natürlich auf etwaige Abweichungen in der Ausführung des Ge-

2) Fischer-Henle § 745 Nr. 2.

schäfts, die das Vertrauensverhältnis tangieren können. In Zusammenfassung dieser Punkte sagt das Gesetz, der Beauftragte habe über den „Stand des Geschäfts" Auskunft zu erteilen. Das Minimum an Mitteilungen hebt § 666 besonders hervor, das sind Nachrichten, die dem Auftraggeber unbedingt zugehen müssen und daher auch ohne Aufforderung zu geben sind, insbesondere die Nachricht, daß das Geschäft begonnen oder beendet sei. Werden sie unterlassen, so sind sie mit der Klage auf Auskunft geltend zu machen, da ihr Inhalt mit zum Stand des Geschäfts gehört. Im einzelnen Falle kann das Minimum recht umfangreich sein, man vergleiche nur, was alles nach Staub Bd. 1 zu § 384 H.G.B. Anm. 10 der Kommissionär dem Kommittenten unaufgefordert mitteilen soll. Die Mitteilungspflicht begreift danach alles in sich, was für diesen bestimmend sein könnte, um hinsichtlich des Geschäfts Anordnungen zu treffen, insbesondere also betrifft sie den Zustand der Ware bei deren Eintreffen, die Veränderung der Sachlage in Bezug auf die Preiskonjunktur, die Zahlungsfähigkeit der bezeichneten Abnehmer, die beim Transport eingetretenen Schwierigkeiten.

Ebenso wie mit § 666 verhält es sich mit § 675. Die Entgeltlichkeit spiel keine Rolle, sie beeinflußt das durch den Vertrag geschaffene Vertrauensverhältnis gar nicht. Über den Begriff der Geschäftsbesorgung in § 675 siehe Kapitel VII.

2) Auf Vertrauen gründen sich auch die Gesellschaften, bürgerlichrechtliche und handelsrechtliche, in erster Linie allerdings nur, soweit der Geschäftsführer selbst Gesellschafter ist. Auch dann, wenn ein solcher aus der Gesellschaft ausgeschlossen wurde, ist sein in § 740 Abs. 2 B.G.B. gewährleistetes Recht, am Schluß eines jeden Geschäftsjahres über den Stand der noch schwebenden Geschäfte Auskunft zu verlangen, eine Nachwirkung seiner früheren Eigenschaft als Gesellschafter, weil er an dem wirtschaftlichen Erfolg der noch schwebenden Geschäfte, die während seiner Mitgliedschaft begonnen wurden, partizipiert. Daß er hierauf wie ein fremder Geschäftsherr verwiesen sei, also eine negotiorum gestio die Grundlage des Auskunftsrechts bilde, möchte ich gegen Crome Bd. 2 S. 803 und Hübner S. 31 nicht annehmen.

Gehört dagegen der Geschäftsführer einer Gesellschaft dieser selbst gar nicht an, so beruht seine Geschäftsführung und somit auch seine Auskunftspflicht wohl meist auf einem Dienstanstellungsvertrage; es greift also durch § 675 der § 666 Platz, und insofern ist die Grundlage für die Auskunftspflicht auch wiederum ein Vertrauensverhältnis.

3) Auf § 666 stützt sich auch der § 713 B.G.B. Bei diesem zwar beruht die Auskunftspflicht nicht auf einem Auftrag, sondern auf dem Gesellschaftsvertrage. Gleichwohl aber werden hier die Rechte und Pflichten des geschäftsführenden Gesellschafters nach den für den Auftrag geltenden Bestimmungen der §§ 664 bis 670 normiert. Seine Verpflichtung besteht nur gegenüber der Gesellschaft als solcher, der einzelne Gesellschafter kann von ihm nur an sich allein keine Auskunft verlangen. Dem speziellen Interesse des Einzelnen, Näheres über die Führung der Geschäfte zu erfahren, dient die Vorschrift des § 716, die ihm, auch wenn er selbst von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, das Recht gibt, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, ihre Geschäftsbücher und Papiere einzusehen und sich aus diesen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen. Dieses Recht kann zwar durch Vereinbarung ausgeschlossen oder beschränkt werden, lebt aber wieder auf, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht, § 716 Abs. 2. Ist die Geschäftsführung einem Gesellschafter oder einer Mehrheit solcher durch Beschluß übertragen, so ist die Grundlage für die Auskunftspflicht nicht das Vertrauen, das die Einzelnen zum Zusammenschluß geführt hat, sondern das spezielle Vertrauen, das nach Begründung der Gesellschaft einem oder mehreren zur Geschäftsführung erwählten Gesellschaftern entgegengebracht wird; dessen Verpflichtung zur Auskunft beruht dann ohne weiteres auf § 666 B.G.B.

4) Ein fingiertes Auftragsverhältnis liegt der Verantwortung des Erben nach §§ 1978, 1990 zugrunde.

a) Ist die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet, so ist der bisherige Erbe den Nachlaßgläubigern für die bisherige Verwaltung des Nachlasses so verantwortlich,

wie wenn er von Annahme der Erbschaft an die Verwaltung für sie als Beauftragter zu führen gehabt hätte. Die vorausgesetzten Maßnahmen sind die dem Erben zu Gebote stehenden Mittel, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Der noch vorhandene Nachlaß unterliegt jetzt ausschließlich dem Zugriff der Nachlaßgläubiger. Um ihnen seine Erhaltung zu sichern und seinen Bestand nachzuweisen, wird dem Erben eine positive Verwaltungspflicht unter Anwendbarkeit des § 666 B.G.B. auferlegt. Wie schon aber an anderer Stelle hervorgehoben wurde, kann es sich nicht mehr um eine Auskunftspflicht, sondern nur noch um eine Rechenschaftspflicht handeln, da ja die bis zur Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder Anordnung der Nachlaßverwaltung bestandene Verwaltung des Erben zu eigenem Recht aufgehört hat.

b) Nur eine Modifikation des § 1978 bedeutet § 1990 für den Fall, daß aus Mangel an hinreichender Masse der Nachlaßkonkurs nicht eröffnet oder die Nachlaßverwaltung eingestellt wird. Auch hier endigt die bisherige Verwaltung des Erben. Er hat den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung herausgegeben, also jederzeit einem Gläubiger, der einen vollstreckbaren Titel erlangt hat, den Nachlaß, soweit er eben reicht, zwecks Befriedigung zur Verfügung zu halten. Wie sich diese ihrem Sinne nach äußerst zweifelhafte „Herausgabe" vollzieht, ist freilich sehr bestritten.

5) Von einem Vertrauensverhältnis ist keine Rede mehr bei einer Geschäftsführung ohne Auftrag, sie mag die echte aus § 681 B.G.B. oder die unechte aus § 687 sein. Wenn schon das vertragliche Band dem Beauftragten die Pflicht zur Auskunft auferlegt, so ist solches erst recht der Fall, wenn ein Fremder in die Sphäre eines anderen eingreift, ohne in ein kontraktliches Verhältnis zu ihm zu treten. Die Verpflichtung zur Auskunft knüpft sich hier an die Tatsache des eigenmächtigen Handelns. Das ist nach Lage der Sache von selbst geboten, da der Dominus übel daran wäre, wenn jeder sollte eigenmächtig in seine Rechtssphäre eingreifen dürfen, ohne ihm hierüber Rede zu stehen; wenn der Eingriff auch in bester Absicht geschah und den Interessen des

Anderen förderlich sein mag, auch dann, wenn der Gestor sich über die Person des Geschäftsherrn irrte, liegt ihm die Auskunftspflicht ob, da immer eine andere Person von seiner Tätigkeit betroffen wurde, ebenso, wenn er sich bei seiner Handlungsweise für den Anderen von seinem eigenen Interesse oder vom Interesse Dritter leiten ließ. Wer nun mit dem Willen und Bewußtsein für den Anderen ohne Auftrag handelt, hat seine Auskunft so einzurichten, daß aus ihr ersichtlich ist, ob er mit seiner Tätigkeit dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprochen habe, deshalb, weil er verpflichtet ist, diesem Willen entsprechend zu handeln. Es wird demnach soweit als möglich das Verhältnis zwischen den beiden dem Auftrag angenähert und die Sachlage so angesehen, als sei er ein Beauftragter, der für die Ausführung des Geschäfts keine Anweisungen erhalten hat; auch sonst zeigt sich das Bestreben, das Verhältnis auftragsähnlich zu gestalten, denn § 681 B.G.B. legt dem Geschäftsherrn die Verpflichtung der Anzeige von der Übernahme der Geschäftsführung auf und heißt ihn, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dessen Entschluß abzuwarten. Ob freilich damit auch ausgedrückt sein soll, daß der Gestor das Geschäft fortzusetzen und zu vollenden habe, wenn die Entschließung des Dominus so lautet, wie Isay a. a. O. S. 123, 126 will, möchte ich bezweifeln, da doch am Ende nicht die Selbständigkeit des Rechtsinstituts der Geschäftsführung ohne Auftrag geopfert und nur als ein Appendix zu den Regeln über den Auftrag erscheinen sollte. Zeigte der Gestor aber die Übernahme nicht an, so kann man mit Isay S. 26 die Verpflichtung des Gestor, das Geschäft so zu fördern, wie es das Interesse des Geschäftsherrn verlangt, entsprechend der faktischen Grundlage der mit der negotiorum gestio geschaffenen Rechtsbeziehungen nur mit der Beschränkung anerkennen, daß sie nur soweit besteht, als eben der Gestor handelt; hört er vorzeitig auf, so kann er wenigstens nach den Regeln der negotiorum gestio, die ihre ganze Grundlage nur in tatsächlichem Handeln haben, nicht dafür verantwortlich gemacht werden. Für uns ergibt sich als Konsequenz dieser Auffassung, daß, wenn der Dominus von der Übernahme erfährt und Auskunft

über den Stand des Geschäfts verlangt, der Gestor seiner Pflicht vollkommen korrekt mit der Angabe genügt, er habe das Geschäft unvollendet gelassen, und sich darüber äußert, in welchem Stadium es sich befand, als er es liegen ließ. Der Dominus kann dann, soweit Maßnahmen als Reaktion aus der negotiorum gestio in Frage kommen, nur noch Rechenschaft fordern und mit oder nach dieser die Herausgabe des evtl. durch die Geschäftsführung Erlangten. Daneben kann er sich darüber schlüssig machen, ob und in welcher Weise er das Geschäft selbst fortsetzen will.

Das Moment, mit dem Willen und Bewußtsein für einen Anderen zu handeln, also das fremde Geschäft als fremdes zu führen, entfällt, wenn jemand das Geschäft als sein eigenes behandelt, obwohl er weiß, daß es ein fremdes ist (sog. unechte Geschäftsführung). Auch hier läßt § 687 Abs. 2 den gestor zur Auskunft verpflichtet sein. Nach den Motiven Bd. II S. 856 sollten die Fälle, in denen dieses (bei der echten negotiorum gestio vorhandene) Bewußtsein fehlt, nicht als negotiorum gestio gelten. Wenn aber § 687 Abs. 2 auf den § 681 verweist, so muß man daraus schließen, daß sich der Standpunkt des Gesetzes geändert hat und nach ihm das bloße Bewußtsein, eines Anderen Geschäft zu besorgen, ausreicht, unbekümmert darum, ob der gestor es für sich tun will oder nicht. Die innerliche Berechtigung der Auferlegung einer Auskunftspflicht auch im Falle des § 687 Abs. 2, desgleichen des § 687 Abs. 1, wenn der gutgläubige Geschäftsführer ohne Auftrag im Laufe der Geschäftsführung von dem Mangel seiner Berechtigung Kenntnis erlangt, läßt sich juristisch überhaupt nicht begründen, allenfalls findet § 687 Abs. 2 darin seine Erklärung, daß man mit Isay S. 64/65 eine Zugehörigkeit des Geschäfts zum Vermögen des Geschäftsherrn in wirtschaftlichem Sinne annimmt, die so erheblich ist, daß man ihr auch rechtliche Bedeutung beimißt und sie darum in einem positiven Rechtssatze festlegt.

6) Ein gesetzlicher Anwendungsfall der Auskunftspflicht auf Grund einer negotiorum gestio ist § 1978 Abs. 2 B.G.B. Ist über einen Nachlaß Konkurs eröffnet oder die Nachlaßverwaltung angeordnet, so scheidet § 1978 die bisherige Verwaltung des Nach-

lasses durch den Erben in zwei Zeitabschnitte: die Zeit bis zur Annahme der Erbschaft und diejenige nach der Annahme. In beiden Fällen wäre allerdings der Erbe an sich überhaupt nicht verpflichtet zur Auskunft, da er ja durch den Anfall der Erbschaft bereits deren Eigentümer geworden ist. Mit Rücksicht auf die Nachlaßgläubiger aber und auf den Eintritt seiner beschränkten Haftung für die Nachlaßschulden infolge des Konkurses oder der Anordnung der Nachlaßverwaltung soll der Nachlaß dessen Gläubigern fortan zu deren Befriedigung zur Verfügung stehen und es wird daher der Erbe zur Auskunft verpflichtet. Während aber durch die Annahme der Erbschaft die Stellung des Erben an sich endgültig wird, ist sie es bis zur Annahme nicht. Daraus erklärt sich, daß auf die vor der Annahme der Erbschaft geführten erbschaftlichen Geschäfte die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechende Anwendung finden.

III. 1) Aus dem Familienrecht ist besonders § 1374 B.G.B. zu erwähnen. Der Umfang und die Art der Auskunftspflicht des Ehemannes über den Stand der Verwaltung beim gesetzlichen Güterstande der Verwaltung und Nutznießung richtet sich nach der Generalbestimmung des Satz 1 des § 1374, wonach der Mann das eingebrachte Gut ordnungsmäßig zu verwalten hat. Dieser muß darlegen, daß er faktisch und rechtlich für das Frauengut Sorge getragen hat, faktisch durch Erhaltung und Vermehrung von dessen Bestandteilen im Vergleich zum früheren Verwaltungsstande, rechtlich durch Wahrnehmung aller hierauf bezüglichen und notwendigen Rechtsakte[3]). Der Stand der Verwaltung begreift nur die gegenwärtige Lage derselben im Augenblick der Erhebung des Anspruchs; Zukunftspläne mit dem Frauengut braucht der Mann nicht zu entwickeln. Nicht zu verwechseln mit dem Stand der Verwaltung ist der Bestand des eingebrachten Gutes, die Auskunft des Mannes umfaßt aber auch die Mitteilungen über den Bestand, da man nur bei dessen Kenntnis ein Urteil über den Stand der Verwaltung gewinnen kann. Eine gute Grundlage dafür, wie der Mann ihr eingebrachtes Gut verwaltete, hat die Frau in dem Bestandsverzeichnis, sobald ein

3) Opet § 1374 Nr. 3a und b und Nr. 4.

solches gemäß § 1372 errichtet worden ist. Mit ihm kann sie den jetzigen Bestand vergleichen und daraus sich über den Stand der Verwaltung des Mannes ihre Schlüsse bilden. Da das Frauengut ein „Inbegriff von Gegenständen" ist, so ist die Auskunft gemäß § 260 B.G.B. in der Weise zu erteilen, daß der Mann ein Verzeichnis der Gegenstände aufstellt und vorlegt, die zur Zeit der Auskunftserteilung vorhanden waren. Dieses Verzeichnis hat er unter den Voraussetzungen des § 260 B.G.B. evtl. zu beschwören. Es ist so oft aufzustellen, als die Frau Auskunft verlangt. Eine bloße Bezugnahme auf das nach § 1372 B.G.B. aufgestellte Verzeichnis genügt nicht, da dieses nur einmal angefertigt ist und nur den Bestand zur Zeit der Aufstellung enthält, aber nicht laufend ergänzt wird.

Die Auskunft muß die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung des Mannes erkennen lassen. Nicht daß dieser sie selbst darzulegen hätte durch besonders hierauf hinweisende Bemerkungen; der Mann kann sich vielmehr, dem Charakter der Auskunft entsprechend, auf die bloße Angabe von Tatsachen beschränken und der Frau bleibt es überlassen zu prüfen, ob sie die Verwaltung für ordnungsmäßig erachtet. Verlangte man das Erstere vom Manne, so würde sich die Auskunft in nichts von einer Rechenschaft unterscheiden, gerade diese aber sollte während der Verwaltung ausgeschlossen bleiben und ist erst bei deren Ende für zulässig erklärt (§ 1421 B.G.B.).

Überträgt die Frau dem Manne die Verwaltung ihres Vorbehaltsgutes oder führt dieser die Verwaltung mit ihrem stillschweigenden Einverständnis, so greifen die Regeln über den Auftrag Platz.

2) Zum Familienrecht gehört auch der Fall des § 1891 Abs. 2 B.G.B. (der Gegenvormund hat dem Mündel über die Führung der Gegenvormundschaft und, soweit er dazu imstande ist, über das von dem Vormund verwaltete Vermögen auf Verlangen Auskunft zu geben).

IV. 1) Aus dem Erbrecht ist zunächst § 1959 zu nennen. Er bestimmt, daß ein berufener Erbe für erbschaftliche Geschäfte, die er vor der Ausschlagung der Erbschaft geführt hat, dem-

jenigen gegenüber, der Erbe wird, wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet wird. Selbstverständlich greift diese Bestimmung nicht für die Geschäfte ein, die er bis zur Annahme der Erbschaft geführt hat.

2) Sodann ist ein Gemeinschaftsfall zu erwähnen (§ 2038 B.G.B.), der analog dem § 745 B.G.B. zu behandeln ist, die Miterbenschaft. Die Verwaltung des Nachlasses steht den Miterben gemeinschaftlich zu. Einigen sie sich durch Mehrheitsbeschluß auf einen Miterben als Verwalter, so ist dieser Beauftragter; usurpiert einer von ihnen die Verwaltung, so ist er Geschäftsführer ohne Auftrag.

3) Die Nachlaßpflegschaft zur Sicherung des Nachlasses (§ 1960 B.G.B.) und die Nachlaßverwaltung (§ 1981 ff. analog) unterstehen der amtlichen Aufsicht des Nachlaßgerichts; dieses tritt nur an die Stelle des Vormundschaftsgerichts (§ 1962 B.G.B.). Der Nachlaßpfleger und Nachlaßverwalter ist also wie ein Vormund dem Gericht gegenüber nach § 1839 (nicht klagbar, sondern nur durch Ordnungsstrafe erzwingbar) zur Auskunft verpflichtet. Nach Beendigung seines Amtes hat er analog dem § 1890 den inzwischen bekannt gewordenen Erben oder seinem Rechtsnachfolger in der Pflegschaft Rechenschaft abzulegen.

4) Ferner ist hierher zu rechnen die in § 2218 B.G.B. ausgesprochene Auskunftspflicht des Testamentsvollstreckers, für die § 666 für entsprechend anwendbar erklärt ist. Zu beachten bleibt wieder, daß § 2216 den Testamentsvollstrecker zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses verpflichtet, daß also der Hinweis auf die Verpflichtung nicht benutzt werden darf, von ihm noch während seiner Funktion als Vollstrecker durch das Begehren, er solle die Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung klarstellen, geradezu Rechenschaft zu fordern und auf diese Weise die klare Vorschrift des § 2218 zu umgehen. Nur wird freilich die Auskunft über den Stand der Verwaltung so genau sein müssen, daß der Erbe in die Lage versetzt wird, sich von der Ordnungsmäßigkeit überzeugt zu halten.

§ 666 B.G.B. ist bei der Testamentsvollstreckung nur für entsprechend anwendbar erklärt. Die rechtliche Konstruktion

der Stellung des Testamentsvollstreckers zum Erben ist noch heute umstritten, jedenfalls ist aber die Mandatstheorie, als deren bloßer Niederschlag und einfache Konsequenz die Anwendbarkeit des § 666 sich dann darstellen würde, verlassen. Am meisten Boden gewonnen hat die Ansicht, daß die Summe der Funktionen des Testamentsvollstreckers als ein ihm vom Gesetz übertragenes Amt zwecks Ausführung der letztwilligen Verfügungen und Auseinandersetzung der Miterben aufzufassen ist. Siehe Planck V. Bd. Erl. 3 a Abs. 2 zum 6. Titel.

5) Die nachfolgend behandelten Auskunftsfälle aus dem Erbrecht rechne ich deswegen zu den Geschäftsführungen, weil, wenn auch der Pflichtige mit wirklichem oder vermeintlichem Recht mit der Verwaltung des Nachlasses als Eigengutes zunächst nur seine eigenen Interessen wahrnimmt, daneben auch gewissermaßen für fremde Personen mit tätig wird.

a) Nach § 2127 ist der Vorerbe dem Nacherben über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen verpflichtet, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung die Rechte des Nacherben verletzt. In dieser Bestimmung drückt sich deutlich eine Kautel dagegen aus, daß der Vorerbe, dessen Eigenrecht doch immerhin zu respektieren ist, von lästiger Auskunftsverpflichtung darüber, was er mit seinem Eigentum anfängt, verschont wird. Aber freilich, sein Recht ist nur resolutiv bedingt. Er ist Erbe auf Zeit, nach ihm tritt der Nacherbe in seine Erbenstellung ein. Darauf nimmt das Gesetz Rücksicht, indem es nicht zuläßt, daß der Nacherbe bei unredlicher Verwaltung oder Verschleuderung des Erbgutes beim Eintritt des Nacherbschaftsfalles das Nachsehen hat. Diese Rücksicht auf den Nacherben umfaßt aber nur das Notwendigste, was dieser wissen muß, die Auskunft erstreckt sich nämlich nur auf den Bestand der Erbschaft; welche Geschäfte der Vorerbe geführt hat, braucht dieser ihm nicht mitzuteilen. Das Auskunftsrecht des Erben knüpft sich an die von ihm zu erweisende Voraussetzung, daß der Vorerbe durch seine Verwaltung sein, des Nacherben, Recht erheblich verletzt.

Weiterhin sind zur Auskunftserteilung verpflichtet:

b) Nach § 2027 Abs. 1 der Erbschaftsbesitzer dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Nachlaß-

gegenstände. § 2027 Abs. 1 ist übertragen auf denjenigen, der die Erbschaft durch Vertrag von einem Erbschaftsbesitzer erwarb; er steht im Verhältnis zu dem Erben einem Erbschaftsbesitzer gleich (§ 2030 B.G.B.);

c) nach § 2027 Abs. 2 desgleichen, wer, ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, Sachen aus dem Nachlaß in Besitz nahm, bevor der Erbe den Besitz tatsächlich ergriffen hat;

d) nach § 2028, wer sich zur Zeit des Erbfalls mit dem Erblasser in häuslicher Gemeinschaft befunden hat, dem Erben auf Verlangen darüber, welche erbschaftlichen Geschäfte er geführt hat und was ihm über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände bekannt ist;

e) nach § 2314 der Erbe dem Pflichtteilsberechtigten, der nicht Erbe ist, auf Verlangen über den Bestand des Nachlasses;

f) nach § 2362 Abs. 2, wem ein unrichtiger Erbschein erteilt ist, dem wirklichen Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände.

ad b) Die Motive Bd. V S. 587 bemerken zu § 2083 E. I (§ 2027 B.G.B.), der Erbe habe offenbar ein großes Interesse daran zu erfahren, was aus den nicht mehr vorhandenen Erbschaftsgegenständen geworden sei, wie der Erbschaftsbesitzer über dieselben verfügt und was er dafür erhalten habe. Daher sei die Auskunftspflicht betreffs der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände und deren Verbleib nur angemessen.

Die Verpflichtung aus § 2027 Abs. 1 trifft auch den Besitzer *eines* Erbschaftsgegenstandes. Als solcher hat er den Bestand „der" Erbschaft, also der ganzen Erbschaft und über den Verbleib „der" Erbschaftsgegenstände, also aller, Auskunft zu erteilen. Der Grund ist durchsichtig: es soll die Ausplünderung der Erbschaft verhütet werden, weil man ihm zutraut, daß er, wenn er einen Gegenstand besitzt, auch noch mehrere hinter sich hat.

Das Recht auf Auskunft steht auch an Stelle des Erben dem Testamentsvollstrecker und Nachlaßverwalter zu. Auch Miterben untereinander haben die Verpflichtung aus § 2027 Abs. 1; hat dagegen ein Miterbe für alle Erben den Nachlaß in Besitz genommen, so sind §§ 681, 666 B.G.B. anzuwenden. Nicht be-

rührt von der Pflicht aus § 2027 Abs. 1 wird der Vorerbe oder derjenige, der erbschaftliche Geschäfte führt.

ad c) § 2077 Abs. 2 bedeutet eine Verschärfung zugunsten des wirklichen Erben durch Statuierung einer Ausnahme vom Prinzip des § 2018. Jeder, der eine Nachlaßsache aus dem Nachlaß, d. h. nach dem Erbfall (nicht vor demselben) und vor der tatsächlichen Besitzergreifung durch den Erben an sich genommen hat, und zwar mit dem Bewußtsein hiervon, also pro possessore possidens ist[4]), muß über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Nachlaßgegenstände Auskunft erteilen. Welche Absicht der Nichterbschaftsbesitzer hiermit verfolgte, ist gleichgültig. Natürlich darf es keine zum Eingreifen in den Nachlaß befugte Person gewesen sein, wie ein Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger. Die besondere Vergünstigung, die für den Erben in § 2027 Abs. 2 liegt, beruht, wie Hübner S. 66 richtig bemerkt, auf der Erwägung, daß der Erbe häufig nicht in der Lage ist, sich sofort bei Eintritt des Erbfalls den tatsächlichen Besitz zu sichern. Der Fall kann also wegen seines besonderen Inhalts zu der eingangs aufgestellten dritten Gruppe gerechnet werden.

§ 2027 B.G.B. enthält neben der Auskunftspflicht auch eine versteckte Rechenschaftspflicht. Zu dieser Folgerung wird man gedrängt, wenn man die Auskunftspflicht über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände (auch Forderungen) näher beleuchtet. Nach den Protokollen Bd. V S. 715 ist hierunter nicht nur der örtliche, sondern auch der wirtschaftliche Verbleib zu verstehen. Betroffen werden auch die Gegenstände, die kraft des Surrogationsprinzips (§ 2019 Abs. 1) an Stelle der ursprünglich vorhanden gewesenen getreten sind. Nach Planck[5]) kann sich hiernach die Verpflichtung des Erbschaftsbesitzers unter Umständen

4) Ein Beispiel der Praxis: Bevor die Erben tatsächlich Besitz von dem Nachlaß ergriffen haben, hat jemand die Schlüssel zum Korridor und zur Wohnung des Erblassers an sich genommen. Das Recht auf Besitz und Benutzung des Schlüssels zur Mietswohnung gehört zum Nachlasse, die Schlüssel sind insoweit Bestandteile des Nachlasses. Rechtspr. O.L.G. Bd. IX S. 34.

5) Bd. 5 § 2027 Nr. 1; Dernburg Bd. V S. 435 Anm. 7; Staudinger § 2027 Nr. 2b.

zur Rechenschaftsablegung über die Verwaltung des Nachlasses steigern, namentlich wird er durch den ihm obliegenden Nachweis des Wegfalls gezogener Nutzungen oder einer aus der Erbschaft gewonnenen Bereicherung zu einer förmlichen Rechnungslegung unter Beibringung der Belege genötigt sein.

Da der Zweck der Auskunft aus § 2027 die Ermittlung des Nachlasses ist, den der Erbschaftsbesitzer gemäß § 2018 dem Erben herauszugeben hat, und das Herauszugebende ein Inbegriff von Gegenständen ist, so muß der Erbschaftsbesitzer dem Erben ein Verzeichnis des Bestandes der Erbschaft vorlegen und nach Maßgabe der Bestimmung des § 260 Abs. 2 den Manifestationseid leisten. Einen besonderen Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 777 E. I (260 B.G.B.) halten die Motive V S. 587 für entbehrlich, sie betonen aber S. 586, daß der § 2087 E. I (§ 2027 B.G.B.) auch noch eine besondere Auskunftspflicht anordne, welche der § 260 nicht ergebe, sondern voraussetze.

ad d) § 2028 ist nach den Kommissionsprotokollen (Bd. V S. 715) wenngleich singulärer Natur, praktisch kaum zu entbehren, da der Erbe nicht wissen könne, wer in die Erbschaft eingegriffen habe, und keinen Prozeß anstrengen könne, solange er den Passivlegitimierten nicht kenne.

Vom § 2027 unterscheidet sich der § 2028 dadurch, daß hier nicht über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu geben, daher auch kein Verzeichnis vorzulegen ist, vgl. Rechtspr. O.L.G. Bd. 4 S. 428. Cosack Bd. 2 S. 790—791 macht noch folgenden Unterschied: Der Erbschaftsbesitzer braucht über die von ihm geführten erbschaftlichen Geschäfte nur insoweit Auskunft zu geben (und insoweit auch nur den Offenbarungseid zu leisten), als sie den Bestand der Erbschaft geändert haben. Er kann also z. B. ein Geschäft verschweigen, von dem die Gegenpartei nachträglich zurückgetreten ist; dagegen müssen die Hausgenossen des Erblassers auch derartige Geschäfte bekennen.

Der Begriff der häuslichen Gemeinschaft ist nicht so lax zu nehmen, daß es zur Auskunft und Offenbarung genügte, wenn sich der Beklagte zur Todeszeit oder kurz nachher im Sterbehause bloß aufgehalten hat. Richtig fordert daher das Reichsgericht Bd. 8

S. 165 schon für das Preußische Recht eine häusliche Gemeinschaft oder analoge Verhältnisse.

Auch Miterben, die zur Zeit des Todes in häuslicher Gemeinschaft mit dem Erblasser standen, sind den übrigen Miterben nach § 2028 verpflichtet. In längerer Beweisführung, auch unter Bezugnahme auf die Geschichte der Bestimmung, wird in der Begründung eines Beschlusses des Oberlandesgerichts Jena vom 26. 1. 01 (Rechtspr. O.L.G. Bd. 2 S. 187) nachgewiesen, daß hiervon alle Hausgenossen betroffen werden, einerlei, ob sie Erben oder Nichterben sind.

Dritte Gruppe.

Gleich im Anschluß an die erste Gruppe sei die dritte behandelt, weil die Fälle, die hierher gerechnet werden können, mit Ausnahme eines einzigen, des § 711 B.G.B., tatsächlich auch Geschäftsführungsfälle i. w. S. sind. Es gehören dahin B.G.B. §§ 2011, 2012, 2314, 2362, 2057, freilich wohl auch die schon in Gruppe 1 behandelten §§ 2077, 2028; schließlich B.G.B. § 799. Auch § 2003 wäre einzubeziehen, sofern man von der Klaglosigkeit der in ihm ausgesprochenen Verpflichtung absieht. Die genannten Fälle entspringen sämtlich einem praktischen Bedürfnis; worin es besteht, soll jetzt im einzelnen erörtert werden.

1) Das Verhältnis des Nachlaßpflegers zum Nachlaßgericht ist bereits besprochen. Der Pfleger tritt aber auch in Beziehung zu den Nachlaßgläubigern. Ihnen gegenüber ist er aus § 2012 Abs. 1 verpflichtet, über den Bestand das Nachlasses Auskunft zu erteilen. Dasselbe gilt für den Nachlaßverwalter, § 2012 Abs. 2. Die gleiche Rechtslage ist in § 2011 vorhanden. Dieser ist eine Maßnahme zugunsten der Nachlaßgläubiger, denen der Fiskus als gesetzlicher Erbe ebenso über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen hat. An der Auskunft haben die Nachlaßgläubiger in allen drei Fällen ein erhebliches Interesse. Das Privatverzeichnis, welches Nachlaßpfleger und Nachlaßverwalter bei Beginn ihres Amtes aufzustellen haben, (§§ 1915, 1802) reicht nicht aus, um den Gläubigern den Bestand der Nachlaßaktiva nachzuweisen; allerdings haben die Vormünder

(Nachlaßpfleger und -Verwalter) ein fortlaufendes Verzeichnis der zu- und abgehenden Stücke nach Ermessen des Gerichts periodisch einzureichen, aber das geschieht nur gegenüber dem Gericht und entzieht sich der Kenntnis und Beurteilung der Nachlaßgläubiger. Ein förmliches Inventar nach § 1993 können sie in den genannten Fällen auch nicht verlangen, da den bezeichneten Geschäftsführern ja überhaupt keine Inventarfrist gesetzt werden kann. Sie sind also, wenn sie eine vollständige Angabe der beim Eintritt des Erbfalls vorhandenen Nachlaßgegenstände und Nachlaßverbindlichkeiten mit Wertangabe und mit einer den Wert bestimmenden Beschreibung erreichen wollen, auf eine Auskunft des Nachlaßpflegers bezw. -Verwalters und des Fiskus angewiesen, des letzteren übrigens erst dann, wenn das Nachlaßgericht festgestellt hat, daß ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist. B.G.B. §§ 1966, 1964.

2) Nichts anderes als ein Nachlaßgläubiger ist der Pflichtteilsberechtigte, der nicht Erbe ist. B.G.B. § 2314. Als Gläubiger stehen ihm ohnehin alle Rechte gegen den Erben zu[6]). Er kann also dem Erben durch das Gericht eine Inventarfrist setzen lassen. Soll nun schon das Inventar, für dessen Aufnahme der Erbe Sorge zu tragen hat (§ 2002), den Anforderungen des § 2001 entsprechen, insbesondere auch Wertangaben enthalten, so zeigt sich das Gesetz dem Interesse des pflichtteilsberechtigten Nichterben, den Wert des Nachlasses zu erfahren, noch in ganz besonderer Weise dadurch willfährig, daß es seine Zuziehung bei der Aufnahme des ihm nach § 260 B.G.B. vorzulegenden Verzeichnisses der Nachlaßgegenstände und die Ermittlung des Wertes derselben vorschreibt. Natürlich ist Voraussetzung, daß der pflichtteilsberechtigte Nichterbe den Anspruch aus § 260 erhebt. Es ist das eine ganz anormale Bestimmung zugunsten dieses einen Nachlaßgläubigers, da sonst mit der Bestandsaufnahme aus § 260 keine Wertverzeichnung verbunden wird. Ebenso kann er verlangen, daß das Verzeichnis (aus § 260) durch die zuständige Behörde oder durch einen zuständigen Beamten oder Notar aufgenommen wird (§ 2314 Abs. 1 Satz 3). Der § 2314 bildet die notwendige

6) Staudinger § 2314 Erl. 6.

Ergänzung zu § 1994. Wenn nämlich der pflichtteilsberechtigte Nichterbe in seiner Eigenschaft als Nachlaßgläubiger gemäß § 1994 die Setzung der Inventarfrist beantragt, so haftet ihm zwar der Erbe für den Pflichtteilsanspruch unbeschränkt, sofern er die Aufforderung des Nachlaßgerichts unbeachtet läßt. Aber damit allein ist dem pflichtteilsberechtigten Nichterben nicht gedient, denn es fehlen ihm alle Unterlagen für die Feststellung der Höhe seines Anspruchs. Zu diesem Zwecke ist ihm das Recht aus § 2314 gegeben [7]).

3) Die Auskunftspflichten aus §§ 2027, 2028 sollen die Ausplünderung der Erbschaft verhüten.

Denselben Gedankengang verfolgt die Auskunftspflicht der zur Ausgleichung der Vorausempfänge (§§ 2050—2053) verpflichteten Miterben nach § 2057. Der einzelne Miterbe (Abkömmling § 2050) braucht in der Klage gegen einen anderen Miterben, von dem er die Auskunft verlangt, nicht die Umstände darzulegen, aus denen er die Überzeugung schöpft, daß der Beklagte etwas Kollationspflichtiges erhalten habe, sondern dem Anspruch unterliegt schlechthin jeder Miterbe ohne Rücksicht darauf, ob ihm je kollationspflichtige Zuwendungen gemacht worden sind oder nicht. Im Gegenteil soll die Auskunft erst dazu dienen, überhaupt festzustellen, ob und in welchem Umfange eine Ausgleichungspflicht besteht. Darum hat der Beklagte zunächst alle von dem Erblasser empfangenen Zuwendungen anzugeben; welche davon zur Ausgleichung zu bringen sind, ist alsdann in dem Auseinandersetzungsverfahren festzustellen R.G. Bd. 58 S. 88 [8]). Wäre es der Sinn des § 2057, daß die Vorschrift lediglich die Verpflichtung zur Angabe derjenigen Zuwendungen enthalte, die im einzelnen Falle bei richtiger Auslegung der §§ 2050—2052

---

7) Böhm, Recht 6. Jahrg. 1902 S. 471.

8) Neumann zu § 2057. Unrichtig, weil mit dem Zweck des § 2057 im Widerspruch Wilke Note 1 zu § 2057, nach welchem die Auskunftspflicht voraussetzt, daß der Miterbe eine ausgleichungspflichtige Zuwendung erhalten hat. Der Klageantrag lautet dahin: „den Beklagten zu verurteilen, Auskunft zu erteilen über die Zuwendungen, die er vom Erblasser erhalten hat, ..." nicht: „über die ausgleichungspflichtigen Zuwendungen ....." Wie Wilke folgt anscheinend auch Schiffner S. 108 mehr dem Wortlaute des B.G.B. § 2057 als seiner Zweckbestimmung.

zur Ausgleichung zu bringen seien, so würde die Vorschrift der praktischen Brauchbarkeit entbehren und gar nicht die außerordentliche Begünstigung des Miterben bedeuten, als die sie gedacht ist. Mit gutem Grund wird *jeder* Miterbe zu der Auskunft für verpflichtet erklärt. Es möchte nämlich der Einwand ganz plausibel erscheinen, daß nach der engen Fühlung der Lebensbeziehungen, in welcher die Abkömmlinge untereinander und zu dem Erblasser gestanden haben, im gegebenen Falle der Kläger „gewußt" habe, daß von dessen Seite an den Beklagten überhaupt keine Zuwendung gemacht worden sei. Aber dieses „Wissen" mag wohl für ein Zeugnis ausreichen, den Anspruch des klagenden Abkömmlings auf Auskunft kann es jedoch nicht zu Fall bringen, vielmehr ist es nur als Wahrscheinlichkeit zu nehmen, die Gewißheit selbst soll erst die Auskunft des Beklagten ergeben. Die Pflicht aus § 2057 besteht nicht nur gegenüber der Gesamtheit der ausgleichungsberechtigten Miterben, sondern gegenüber jedem einzelnen derselben für sich allein, und zwar unabhängig davon, daß ein Testamentsvollstrecker ernannt sein sollte; gegen diesen richtet sich die Klage nicht.

4) Das Auskunftsrecht des wahren Erben gegen den Besitzer eines falschen Erbscheines[9]) (§ 2362 Abs. 2) soll den Erben sicherstellen, daß der Inhaber des Scheines keinen dem Erben nachteiligen Gebrauch von der Erbschaft gemacht hat, und so ein Gegengewicht gegen das den Erben unter Umständen schwer treffende Institut des Erbscheins bilden (Prot. Bd. V S. 564).

5) Der exzeptionelle Anspruch auf Auskunft aus § 799, der dem bisherigen Inhaber einer abhanden gekommenen oder vernichteten Schuldverschreibung auf den Inhaber auf Verlangen gegen den Aussteller zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre zusteht, soweit die Auskunft hierzu erforderlich ist, wurde bereits im Kap. IV über die Zwecke der Auskunft behandelt. Es sei daher an dieser Stelle nur darauf verwiesen.

9) Auch des Nacherben § 5363 Abs. 2, des Testamentsvollstreckers § 2364 Abs. 2, ferner des noch lebenden für tot Erklärten und einer Person, deren Tod ohne Todeserklärung mit Unrecht angenommen worden ist § 2370 Abs. 2.

Zweite Gruppe.

Wir erörtern jetzt nachträglich die zweite Gruppe. Auch sie ist teilweise schon im vierten Kapitel abgehandelt worden. Es sei hier der fundamentale Satz wiederholt: Sowohl in den Fällen, welche auf eine Veräußerung gerichtet sind, als auch in denjenigen, welche die Veräußerung unmittelbar bewirken, muß die Veräußerung bereits erfolgt sein. Eine Auskunftspflicht vor der Veräußerung besteht nicht; falls der Gegenkontrahent Mitteilungen über den zu veräußernden Gegenstand macht, unterliegt er der Haftung für culpa in contrahendo. Außerdem ist die Auskunft nur soweit als notwendig und ohne Aufforderung zu erteilen.

Es bleibt nur noch eine Aufzählung der in Betracht kommenden Fälle übrig. Die auf eine Veräußerung gerichteten gruppieren sich um den § 444 B.G.B., die anderen um den § 402.

Der wichtigste Fall der ersten Art ist der Kauf. Inhalt der Auskunft sind hier die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse. Diese allgemeine Wendung erläutert das Gesetz durch Beispiele („insbesondere"). Im Falle des Verkaufs eines Grundstücks sollen die Grenzen, die Gerechtsame und Lasten angegeben werden. Welches Mittel der Verpflichtete nun wählt, um dem Berechtigten die erforderliche Klarheit, z. B. über die Grenzen des Grundstücks zu verschaffen, bleibt ihm überlassen; es wird sich dies nach der Größe der verkauften Fläche richten wie auch danach, ob das Grundstück aus vielen Parzellen besteht, ob die Grenzen klar erkennbar sind und der Käufer sie leicht ohne längeres Suchen zweifelsfrei finden kann, ob die Wirtschaftslage einheitlich oder zerrissen ist, womöglich Enklaven vorhanden sind usw. So wenig man sonst mit einer so realen Auskunft sympathisieren mag, wie es das Begehen der Grenzen wäre, die fast so aussieht wie eine sogenannte symbolische Besitzübergabe, so kann man sich doch sehr wohl denken, daß dieses Mittel unter Umständen, namentlich wohl in kleinbäuerlichen Verhältnissen das wirksamste ist, um den Käufer rasch zu orientieren und vor Konflikten mit den Nachbarn zu bewahren. Im allgemeinen wird

aber eine Kartenskizze genügen, und zwar kann wohl auf die Katasterunterlagen Bezug genommen werden, die vor dem Kauf zur grundbuchmäßigen Erledigung des Kaufgeschäfts beigebracht werden mußten. Nach dem Abschluß des Vertrages, bemerkt Hübner S. 74 sehr richtig, ist das Interesse des Käufers an Details gestiegen. Soweit diese derart sind, daß der Käufer ohne sie das Grundstück wahrscheinlich nicht gekauft haben würde, wird er auch schon vor dem Abschluß danach gefragt, insbesondere über die Hypothekenverhältnisse Erkundigungen eingezogen (der öffentliche Glaube des Grundbuchs kommt hier nicht in Betracht) und der Verkäufer durch Gestattung der Einsicht in das Grundbuch ihm einen Einblick in diese Verhältnisse gewährt haben. Was aber im Grundbuch nicht enthalten steht, muß der Verkäufer nach dem Kaufabschluß mitteilen, erst recht dann, wenn diese Verhältnisse nicht eintragungsfähig sind. Insbesondere muß er privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Lasten anführen, umso eher, da er nach § 436 B.G.B. nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeigneten Lasten haftet, muß z. B. auch polizeiliche Baubeschränkungen, einen Versicherungszwang, Beschränkungen der Festungsrayon-Gesetzgebung angeben [10]). Ferner hat der Verkäufer den Käufer über die Miets- und Pachtverhältnisse zu unterrichten. Über die tatsächliche Beschaffenheit des verkauften Gegenstandes braucht er sich nur soweit zu äußern, als es nach den Verkehrsanschauungen recht und billig ist, jedoch braucht er eben nur Tatsächliches zu bemerken, nicht seine eigene Meinung kundzugeben.

Dem Kauf gleich stehen folgende Fälle:

§ 515 B.G.B. (Tausch);

§ 631 Abs. 1 (Werkvertrag über vertretbare Sachen, zu denen der Unternehmer den Hauptstoff beschafft; ist die durch Werkvertrag herzustellende Sache nicht vertretbar, so gelten nur einzelne Bestimmungen des Kaufs, darunter auch § 444 arg. § 523 Abs. 1 Satz 2 erster Halbsatz);

10) Hübner S. 75.

§ 523 (Ein Schenker hat die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte). Es findet hier § 444 entsprechende Anwendung. Diese Bestimmung will Planck Erl. 1b zu § 523 auf Schenkungen allgemein ausdehnen. Dagegen mit Recht anscheinend Neumann Bd. 1 Note 1 § 523: Gegenstände, die der Schenker aus seinen Beständen verschenkt, will er schenken, wie er sie hat, d. h. jede Gewährleistungspflicht und die Anwendbarkeit der §§ 441 bis 444 ausschließen.

Gemäß § 1624 Abs. 2 bestimmt sich die Verpflichtung des ein Kind Ausstattenden (Abs. 1) zur Gewährleistung wegen eines Mangels im Recht oder eines Fehlers der Sache, auch soweit die Ausstattung nicht als Schenkung gilt, nach den für die Gewährleistungspflicht des Schenkers geltenden Vorschriften.

Wer mit dem Vermächtnis einer nur der Gattung nach bestimmten Sache beschwert ist, hat die gleiche Verpflichtung wie ein Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 441 bis 445 (§ 2182 B.G.B. Abs. 1).

Nach § 2182 Abs. 2 gilt dasselbe im Zweifel, wenn ein bestimmter nicht zur Erbschaft gehörender Gegenstand vermacht ist (Verschaffungsvermächtnis).

Die letztgenannten Fälle (§§ 1624, 2182) dehnt Hübner S. 20 ebenso wie das Schenkungsversprechen und jede Schenkung so auch auf jede Ausstattung und jedes Vermächtnis aus unter Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben und unter Hinweis auf die Verkehrssitte. Diese Grundsätze können aber hier nicht zur Anwendung kommen, da es sich um Liberalitäten handelt und der Grundsatz von Treu und Glauben gerade dadurch erschüttert werden würde, wenn ein Schenker, Ausstattender oder Erblasser dem Beschenkten ꝛc. gegenüber noch dafür gestraft werden soll, daß er in Vollziehung einer Liberalität einen mit Mängeln behafteten Gegenstand aus eigenen Beständen hergibt.

II. Die Auskunftspflicht, die sich lediglich an die Tatsache der Übertragung knüpft (Motive II S. 128), ist ohne Rücksicht auf das Kausalgeschäft begründet. Nach ihrer Natur hilft sie den Zustand versinnbildlichen, in welchem sich die zu übertragende Obligation im Augenblick der Übertragung befand. Sie erscheint

daher als notwendige Begleitung eines jeden Forderungsüberganges. Auf die Rechtmäßigkeit der Übertragung der Forderung kommt es nicht an; zediert jemand dieselbe Forderung successive mehreren, so hat der Zedent jedem Zessionar die Auskunft zu erteilen, das Verhältnis der mehreren Zessionare unter einander geht ihn nichts an. Das Gleiche gilt von der Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes (B.G.B. § 412) und von der zwangsweisen Übertragung durch Pfändungs- und Überweisungsbeschluß (Z.P.O. § 386), ebenso von der Übertragung anderer Rechte (§ 413), soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Eine solche Vorschrift ist § 792. Der Anweisende kann die Übertragung der Anweisung durch den Anweisungsempfänger auf einen Dritten ausschließen. Geschieht sie dennoch und ist sie nach Maßgabe des § 792 Abs. 2 Satz 2 unwirksam, so ist der Anweisungsempfänger dem dritten nicht wirksam Berechtigten zur Auskunft nicht verpflichtet.

Im einzelnen wären die Punkte, welche man als zur Geltendmachung der Forderung nötig erachten könnte, hauptsächlich Zahlungsort und -zeit und die Benennung von Beweismitteln und Repliken gegen die zu erwartenden oder schon gemachten Einwendungen [11]).

B. § 260 B.G.B.

Für eine Reihe von Auskunftspflichten gibt es im § 260 B.G.B. eine Kollektivvorschrift:

Absatz 1: „Wer verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu erteilen, hat dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen."

Die Stellung dieses Paragraphen im System des B.G.B., im Recht der Schuldverhältnisse, beweist, daß es sich nicht um eine allgemeine Vorschrift handelt, sondern nur um eine Sondervorschrift für diejenigen Fälle, welche einen materiellrechtlichen Anspruch auf Auskunft über einen Bestand enthalten, und auch für diese nur, soweit er das wesentliche Tatbestandsmoment

11) Hübner S. 77.

erfüllt, nämlich die Auskunft über den Bestand eines Inbegriffs beschränkt. Was versteht § 260 unter einem Inbegriff? Man gehe die Fälle durch, die eine Auskunft über einen Vermögensbestand anordnen: § 2011 verpflichtet den Fiskus als gesetzlichen Erben den Nachaßgläubigern gegenüber, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu erteilen, desgleichen § 2012 den Nachlaßpfleger und Nachlaßverwalter; § 2027 Abs. 1 den Erbschaftsbesitzer dem Erben über den Bestand der Erbschaft, § 2027 Abs. 2 denjenigen, der ohne Erbschaftsbesitzer zu sein, eine Sache aus dem Nachlaß in Besitz nimmt, bevor der Erbe tatsächlich den Besitz ergriffen hat, dem Erben über den Bestand der Erbschaft, § 2127 den Nacherben gegenüber dem Vorerben über den Bestand der Erbschaft, § 2314 den Erben gegenüber dem pflichtteilsberechtigten Nichterben über den Bestand des Nachlasses [12]).

Wie man sieht, ist der Gegenstand der Auskunft der Bestand des Nachlasses oder der Erbschaft. Diese sind eine universitas juris, also mehr als bloße Inbegriffe, und fallen also solche selbstverständlich ohne weiteres unter § 260. Vorschriften dagegen, die eine Auskunft über den Bestand eines wahren Sachinbegriffs direkt anordnen, gibt es gar nicht. Nur auf dem Wege der Auslegung, sofern man nämlich eine Übersicht über den Stand einer Verwaltung oder eines Geschäfts nur dadurch erhalten kann, daß man Auskunft über den Bestand des verwalteten Gutes verlangt und dieses verwaltete Gut eben eine Mehrheit von Gegenständen dar-

12) Daß auch bei § 1891, der den Gegenvormund verpflichtet, gegenüber dem Mündel über das von dem Vormund verwaltete Vermögen, soweit er dazu im Stande ist, Auskunft zu geben, der § 260 B.G.B. anwendbar sei, wird von Staudinger § 1891 Note 2 Abs. 2 ohne Angaben von Gründen bestritten. Aber ist das von dem Vormund verwaltete Vermögen kein Inbegriff? Dafür Planck § 260 Note 1 a. E. Opet-Blume behandeln diesen Punkt nicht. Hierzu gesellt sich die, wie wir gesehen haben, in Auslegung des § 1374 vom Ehemann über den Bestand des eingebrachten Gutes zu gebende Auskunft ebenso wie überhaupt jede Auskunft, die über den Bestand eines Vermögens zu erteilen ist, wenn das Gesetz die Auskunft über den Stand einer Verwaltung verlangt. Das Frauengut wird wenigstens in den Motiven Bd. III S. 28 f. nicht direkt als universitas juris angeführt, sondern es wird ihm eine besondere Stellung in der Klassifizierung der Sachen eingeräumt.

stellt, ist es möglich, auch von einer Auskunft über den Bestand eines Inbegriffs zu sprechen. Um so zahlreicher sind die Bestimmungen, welche die Herausgabe eines Inbegriffs von Gegenständen anordnen.

Ebensowenig wie die universitas juris wird von dem Begriff die universitas facti betroffen, wie eine Herde, eine Bibliothek, ein Gutsinventar, d. h. also Sachgesamtheiten, die unter einem gemeinsamen Namen zusammengefaßt zu werden pflegen. Über die universitas juris und facti geht gewöhnlich das Recht bei der kollektiven Zusammenfassung von Sachen unter einer einheitlichen Bezeichnung nicht hinaus; mit dem Sachinbegriff in § 260 wird aber eine mildernde Ausnahme gemacht. Nur negativ umschreibt den Begriff die Denkschrift S. 46 näher: ein Inbegriff von Sachen sei jede Mehrheit von Gegenständen, bei welchem der Beteiligte nach der Natur des in Frage stehenden rechtlichen Verhältnisses nicht in der Lage sei, die einzelnen Gegenstände zu bezeichnen. Daraus ist im Vergleich zur universitas facti nur zu folgern, daß auch heterogene Dinge, nicht bloß gleichartige Gegenstände, zu einem Inbegriff sollen vereinigt werden dürfen. Nicht jedoch ist deshalb gerade notwendig, daß sich für jeden Inbegriff eine Kollektivname bilden lassen müsse. Welches ist nun aber das positive Merkmal des Sachinbegriffes? Die Antwort lautet: ein einheitliches Rechtsverhältnis, das mit seinem Band die verschiedenartigen Gegenstände, die sonst zu einander keine Beziehungen haben, umschlingt, vgl. Gruchot Bd. 47 S. 911. Die Verpflichtung zur Herausgabe oder Auskunft muß auf einem gemeinschaftlichen besonderen Rechtsgrunde beruhen, z. B. auf Vertrag oder Gesetz gegründet sein, z. B. §§ 419, 2374; §§ 2018, 1667. Nach Rechtspr. O.L.G. Bd. 5 S. 154 genügt zur Annahme eines Inbegriffs schon die Möglichkeit, die Mehrheit der herauszugebenden Stücke mit einem gemeinsamen Namen zu bezeichnen (z. B. eine Hoteleinrichtung). Freilich ist dabei an dem Leitgedanken der Denkschrift festzuhalten, daß, wer die Herausgabe oder die Auskunft verlangt, nicht in der Lage sein dürfe, die Stücke einzeln zu bezeichnen; wem also das Eigentum an einer Hoteleinrichtung zukommt, der muß die einzelnen

dazu gehörigen Gegenstände genau spezialisieren. Schließlich ist noch erforderlich, daß die Herausgabe auf *demselben Rechtsgrunde* beruht; ist jemand aus gesonderten Rechtstiteln zur Herausgabe von mehreren Gegenständen verpflichtet, so bilden diese auch bei Wahrung der sonstigen Voraussetzungen keinen Inbegriff [13]).

Über die Form des Verzeichnisses ist nichts vorgeschrieben. Aus dem Wortbegriff ergibt sich aber natürlich die Notwendigkeit schriftlicher Fixierung. Mangels eines besonderen Zusatzes beschränkt sich das Verzeichnis auf die Niederschrift der einzelnen Bestandteile; Wertangaben oder andere Zusätze sind nicht erforderlich. Über die Ausnahme zugunsten des pflichtteilsberechtigten Nichterben (§ 2314) s. unter A. Inhaltlich ist das Verzeichnis so hinzunehmen, wie es vorgelegt wird. Eine klageweise Ergänzung oder Änderung auf „Erinnerungen" hin findet nicht statt, vielmehr kann nur der Offenbarungseid nach § 260 Abs. 2 verlangt werden [14]). Die Kenntnisnahme des Verzeichnisses wird lediglich durch Vorlegung übermittelt, nicht durch Überreichung, d. h. Aushändigung. Der Grundsatz von Treu und Glauben bedingt es aber, daß je nach Lage des Falles nach dem Umfange des Verzeichnisses dem Auskunftsberechtigten genügend Zeit zur Durchsicht und Prüfung gelassen werden muß.

Zuweilen trifft es sich, daß sowohl ein Verzeichnis aus § 260 aufzustellen ist, wenn ein Inbegriff von Gegenständen herausgegeben werden muß, als auch Rechnung zu legen ist, weil es sich zugleich um Rechenschaftsablegung über eine mit Einnahmen und Ausgaben verbundene Verwaltung handelt; es tritt dann eine Kombination beider Pflichten ein. Es kommt aber auch vor, daß nur die Verzeichnispflicht aus § 260 begründet ist, z. B. für denjenigen, der sich verpflichtet hat, sein Vermögen einem anderen zu übertragen (§ 311 B.G.B.), oder für den Erbschaftsverkäufer (§ 2374) [15]).

---

13) Dertmann § 260 Note 2 a. E.

14) Dertmann a. a. O., Schwiening D.J.Z. 1901 S. 551 (Nummer 24).

15) Goldmann-Lilienthal Bd. 1 S. 304 Anm. 8.

II. Abschnitt.

Der Inhalt der Rechenschaftsablage und Rechnungslegung.

A. Im allgemeinen.

Bei der Entwickelung des Begriffes der Rechenschaft und Rechnungslegung an der Hand des zuvor ermittelten Auskunftsbegriffs haben wir festgestellt, daß die Rechenschaft bis zu einem gewissen Punkte nur eine zusammenfassende Wiederholung der einen oder mehrfachen Auskunft ist, die über den Stand des Geschäfts oder der Verwaltung gemacht worden war. Was die Rechenschaft über die Auskunft hinaus erhebt, ist der kritische Zug, der ihr innewohnen soll, die Erläuterung und genaue Darlegung der Verhältnisse, aus denen der Geschäftsherr ersehen kann, in welchem Lichte die berichteten Tatsachen erscheinen. Da sie in Bezug auf das Tatsachenmaterial nicht anders dasteht als die Auskunft, so gilt ebenso wie für diese die natürliche Beschränkung jeder Auskunft, daß die Rechenschaft dem Verpflichteten nicht weiter zugemutet werden darf, als er dazu tatsächlich imstande ist. Was die einzelnen Fälle anbelangt, so gehört zu dem Begriff der Rechenschaft und Rechnungslegung, daß Gegenstand derselben in jedem einzelnen Falle stets nur eine Geschäftsführung oder Verwaltung ist. Darum ist auch im Gesetz immer nur kurzweg gesagt, es sei Rechenschaft oder Rechnung zu legen, niemals, es sei über die betreffende Verwaltung oder Geschäftsführung Rechenschaft zu geben; denn das wäre ein Pleonasmus. Es folgt daraus, daß die Rechenschaft und Rechnungslegung die gesamte Geschäftsführung, jede einzelne Tätigkeit derselben umfaßt. Nur einmal ist im H.G.B. § 400 Absatz 2 eine Ausnahme gemacht. Im Fall der Kommission zum Einkauf oder zum Verkauf von Waren, die einen Börsen- oder Marktpreis haben, sowie von Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird, beschränkt sich nämlich die Pflicht des Kommissionärs, Rechenschaft über die Abschließung des Kaufes oder Verkaufes abzulegen, auf den Nachweis, daß bei dem berechneten Preise der zur Zeit der Ausführung der Kommission bestehende Börsen- oder Marktpreis eingehalten ist.

Vor allem besteht heute inhaltlich eine reinliche Scheidung zwischen der Rechenschaft oder Rechnungslegung als solchen einerseits und der Herausgabe andererseits: Im modernen Rechtssystem werden beide Klagen, die auf Rechenschaft und die auf Herausgabe des mit derselben vorbereiteten Ergebnisses, streng auseinander gehalten, und selbst, wo sie zusammen erscheinen, wie in Z.P.O. § 254, sind sie nur prozessualisch miteinander verbunden unter Wahrung ihres beiderseitigen selbständigen Charakters, nicht aber materiell miteinander verquickt. Rechtsgeschichtlich war das nicht immer der Fall. Das römische Recht kannte die Trennung noch gar nicht, sondern vereinigte beides in einer Klage. Der Fortschritt bestand nur in der Erkenntnis, daß nicht beides mit einander zu identifizieren sei [1]), prozessual aber wie materiell wurden beide Ansprüche als ein einziger in einem Verfahren erledigt. Das Ziel, das „rationes reddere", war ihm stets nicht nur die auf ein facere gehende Tätigkeit, sondern auch und vornehmlich das dare, das „reliqua solvere". Im einzelnen erblickte es als Bestandteil der als ein facere aufgefaßten eigentlichen Rechnungslegung verschiedene Momente, als da sind percontari (Durchforschen), volumina rationum tradere (Übergeben der Rechnungsbücher), examinare (prüfen), dispungere (Punkt für Punkt durchgehen und vergleichen), excutere rationes (untersuchen). Für das Gemeine Recht steht Bähr im Bann des unverfälschten römischen Rechts mit seiner schon erwähnten Auffassung, daß der Anspruch auf das reliquum reddere selbstverständlich in jeder Klage auf Rechnungsablage mit inbegriffen sei und deren materiellen Kern bilde. Die neueren Partikularrechte sind sämtlich auf denselben Standpunkt wie das B.G.B. angelangt und haben die selbständige Klagbarkeit des Anspruchs auf Rechenschaft und Rechnungslegung anerkannt.

1) Vgl. Callistratus l 82 D. 35, 1: Quidam hoc ajunt, si reliqua reddiderit, quasi nihil intersit, utrum sub hac condicione, si reliqua vel hac si rationes reddiderit. Sed nos neque condicionem meram putamus esse, quae in datione consistit, neque meram condicionem quae in facto sit, sed eam condicionem, quae ex mixtura quadam consistit. Contra: Africanus l 32 D. 35, 1: Quamvis rationes reddere nihil aliud sit quam reliqua solvere.

Nach B.G.B. § 259 soll eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder Ausgaben enthaltende Rechnung mitgeteilt werden. Wie es der Rechnungssteller anfängt, die Ordnung zu schaffen, ist ihm überlassen. Jedenfalls muß die Rechnung erschöpfend, übersichtlich und mindestens soweit verständlich sein, daß Zweifel an der Identität der Posten ausgeschlossen sind. Absolute Verständlichkeit für jeden unbeteiligten Dritten ist nicht erforderlich, wohl aber muß die Rechnung derart beschaffen sein, daß auch ein Geschäftsherr, der nicht Rechnungssachverständiger ist, sie verstehen kann [2]). Sind daher beide Parteien Kaufleute, so wird man gegen die Anwendung eines in kaufmännischen Kreisen üblichen technischen Rechnungsabschlusses nichts zu erinnern haben. Sind besondere Vereinbarungen über die Art der Rechnungslegung getroffen worden [3]), so muß die Innehaltung der Vereinbarung erkennbar sein.

B. Die Bestandteile der Rechnung.

I. Man sollte es für natürlich halten, daß in jeder Rechnung, die zur Erfüllung der Rechnungspflicht aufzustellen ist, Einnahmen und Ausgaben, sofern beides miteinander vereinigt im einzelnen Falle vorkommt, einander gegenübertreten müssen. Bähr (§ 4 S. 258/261) ist anderer Ansicht. Nach ihm sind es nur die Einnahmen, die unbedingt in der Rechnung enthalten sein müssen. Dagegen meint er, habe der Rechnungsherr an der Verzeichnung der Ausgaben nur insofern ein Interesse, als er wünschen müsse, über diese Ausgaben und deren Abrechnung an den Einnahmen mit seinem Gegner im guten sich zu verständigen. hierzu aber natürlich erforderlich sei, daß derselbe ihm seine Ausgaben kundgebe. An sich aber habe der Geschäftsherr kein Interesse an der Verzeichnung, da sie ja dazu diente, seine Ansprüche zu verringern. Er könne also den Einnahmebetrag unvermindert einklagen und, wenn ihm im Verlaufe der Klage der Gegner nunmehr seine Ausgaben nachweise und entgegensetze und Bezahlung der Prozeßkosten

2) Seufferts Archiv Bd. 60 S. 347/8 (O.L.G. Marienwerder).

3) z. B. genehmigte Bankbedingungen Staub Bd. II zu § 384 H.G.B. Anm. 17 a. E.

verlange, so dürfte er erwidern: „Du hättest mir früher auf Ansuchen Deine Ausgaben verzeichnen sollen; dann würde ich sie im guten mir haben abrechnen lassen.“ Die Verzeichnung der Ausgaben zugleich mit den Einnahmen sei nur im Interesse des Rechnungsstellers, um dadurch seine durch die Einnahmen begründete Schuld wieder aufzuheben oder zu mindern, unter Umständen sogar auch den Überschuß zu fordern. Die vom Rechnungssteller in seinem Interesse verzeichneten Ausgaben seien Klageansprüche gegen den Geschäftsherrn wie alle anderen auch; verzeichne er sie, dann komme er nur seiner Verpflichtung als Gläubiger nach, den Schuldner zu mahnen, ein Recht aber auf diese Mahnung habe der Schuldner (der Geschäftsherr) natürlich nicht.

Wie man sieht, kann B ä h r schon aus dem Grunde der Kostenlast ein gewisses Interesse des Geschäftsherrn an der Verzeichnung der Ausgaben nicht leugnen. Sollen nämlich in dem Prozesse, in welchem der Geschäftsherr seine Ausgaben nachträglich entgegenstellt, diesen die Kosten treffen, so muß er die Aufforderung zum Ersatz der von ihm geleisteten Zahlungen unterlassen haben. Da man nun nicht annehmen kann, daß die prozessuale Kostenfrage etwas Nebensächliches sei und nicht im materiellen Interesse der einen oder anderen Partei liege, wäre es da nicht konsequenter gewesen, einen Schritt weiter zu gehen und die Verzeichnung auch der Ausgaben als ein Recht des Geschäftsherrn mit entsprechender Verpflichtung des Geschäftsführers zu betrachten? Die Kostenfrage ist es jedoch nicht allein, die der Theorie B ä h r s entgegentritt. Nicht die Gegensätzlichkeit der Interessen entscheidet, sondern das Wesen des Rechtsverhältnisses. Dieses erfordert aber kraft seiner Natur als Hilfsrecht, einen Herausgabeanspruch vorzubereiten, eine v o l l s t ä n d i g e Vorbereitung, womit nur beider Interessen gedient ist, und jedenfalls ist es besser, wenn bei Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen Geschäftsherrn und Geschäftsführer die Normen derart sind, daß sie beider Interesse gleichzeitig fördern, statt daß der Geschäftsherr im Punkte der Ausgaben eine scheinbare Gleichgiltigkeit zur Schau trägt. Das ist wohl gerechtfertigt, wenn man die Gesamtheit der Ausgaben in ihre einzelnen Bestandteile auflöst, wird aber unter dem höheren

Gesichtspunkt des einheitlichen Rechtsverhältnisses entbehrlich und geradezu falsch. So erledigt sich auch der gewiß geschickte Einwand Bährs, daß der Geschäftsherr als Schuldner doch keinen Einfluß auf den Geschäftsführer als Gläubiger habe, daß er ihn um den Ersatz seiner Ausgaben mahne[4]).

Die Auffassung Bährs tritt ganz aus der historischen Entwicklung heraus. Schon im römischen Recht umfaßte die Befugnis, Rechnungslegung zu verlangen, die Anführung sowohl der accepta wie der data in den rationes; cfr. l. 2 § 2 D. 50, 8; l. 1 § 2 D. 2, 13; l. 6 § 3 D. eod. Ihm schließen sich die ältere Theorie und Judikatur an. Desgleichen zwang das Preuß. A.L.R. I 13 § 256 den negotiorum gestor, über Einnahmen und Ausgaben Rechenschaft abzulegen, und I 14 § 136 den Verwalter, alle Einnahmen und Ausgaben in die dazu bestimmten Bücher einzutragen. Das sächsische Gesetzbuch von 1863 verlangte im § 1394 die Mitteilung einer geordneten Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben.

Der durch Bähr für das Gemeine Recht hervorgerufene Zwiespalt ist heute durch B.G.B. § 259 im Sinne der geschichtlichen Entwicklung und der Kodifikationen beseitigt. Einnahmen und Ausgaben sind auf gleiche Stufe gestellt. Es besteht nur eine geringfügige grammatische Abweichung von den zitierten Stellen des A.L.R. und des sächs. Ges.-B. In § 259 B.G.B. heißt es

4) Ebenso Klewitz S. 15: „Das Interesse des Geschäftsherrn erheischt, auch über die Ausgabenposten als Gegenforderungen informiert zu werden, um beurteilen zu können, was ihm de facto zukommt. Einnahmen und Ausgaben bilden in diesem Sinne ein einheitliches Ganzes." Die Beispiele, die Klewitz S. 15, 16 anführt und die sich in der Richtung bewegen, daß dem Geschäftsherrn nicht damit gedient sei, nur die Einnahmen zu erfahren, wenn der Geschäftsführer Grund habe, die Ausgaben zu verschweigen, und dadurch den Geschäftsherrn wirtschaftlich unter Umständen schädige, illustrieren die Berechtigung der vorgetragenen, von Bähr abweichenden Ansicht vortrefflich. Klewitz S. 17 hebt noch mit Recht hervor, daß ohne Mitteilung der Ausgaben eine Kontrolle der Tätigkeit des Geschäftsführers einstweilen geradezu unmöglich gemacht sei, der Geschäftsherr z. B. nicht ersehen könne, ob der Geschäftsführer einerseits mit der nötigen ökonomischen Energie verfahren habe, andererseits ob er nicht verabsäumt habe, die notwendigen Ausgaben zu bestreiten.

nämlich: „ . . . eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen o d e r der Ausgaben enthaltende Rechnung . . . .“ Es ist klar, daß sachlich gegen früher darin kein Unterschied zu erblicken ist, das Wort „oder“ hat konjunktive und selbstverständlich nicht disjunktive Bedeutung. Während der Klageantrag einfach auf Rechnungstellung zu richten ist, müssen, soweit beide Elemente der Rechnung vorhanden sind, beide auch mitgeteilt werden.

II. § 259 fährt in demselben Satze fort:

„. . . . hat . . . . mitzuteilen und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.“

Es ist die Vorlegung der Belege eine gesonderte Tätigkeit, die nicht immer verlangt wird, sondern nur unter der Voraussetzung der Verkehrsüblichkeit. Gehört sie aber bei Wahrung dieser Voraussetzung mit zum Inhalt der Leistung der Rechnungspflicht? Man kann die Frage nicht anders als bejahen[5]). Schon die grammatische Interpretation des § 259 Abs. 1 führt zu diesem Schluß; denn die Vorlegung der Belege steht in einem Satze mit der Mitteilung der Rechnung und teilt mit dieser die Beziehung zur Rechenschaft, als deren Ausführungsform sich die Rechnung darstellt. Die Fassung des Paragraphen läßt also die Ansicht zu, daß beides auf gleiche Stufe gestellt werden sollte. Sachlich läßt sich die Frage durch den Umfang der Vorlegungspflicht prüfen. Je allgemeiner diese, desto größer das Recht anzunehmen, daß hiermit die innere Zugehörigkeit der Belegungspflicht zur speziellen Rechenschaftspflicht begründet sein sollte. In dieser Hinsicht war man aber im Gemeinen Recht schon früh verschiedener Meinung. Absolute Bejahung und Verneinung standen sich diametral gegenüber. Aber auch eine mittlere Auffassung hatte sich in der späteren Praxis Geltung zu verschaffen gewußt, daß nämlich die Besonderheit des einzelnen Falles entscheide[6]). B ä h r s Ansicht scheidet hier aus, da sie ganz aus dem Rahmen der üblichen Betrachtungsweise fällt. B ä h r mußte in Konsequenz seiner Lehre, daß die Angabe der Einnahmen Geständnisse des Rechnungslegers darstellten, natürlich zur Abweisung jeder Ver-

5) Ebenso Isay S. 130/131.

6) Vergl. die Zitate bei Klewitz S. 23 Anm. 3.

pflichtung zur Vorlegung der Belege in Betreff der Einnahmen kommen, weil sie unnötig seien, und bezüglich der Ausgaben [7]) leugnet er wieder ein materielles Interesse des Rechnungsherrn daran und spricht ihm nur ein prozessuales wegen der Kosten zu. Nur je eine Ausnahme macht Bähr; bei den Ausgabeposten, wenn der Geschäftsführer durch seine Ausgaben Rechtsverhältnisse des Geschäftsherrn zu dritten Personen ordne, also z. B. Schulden des Geschäftsherrn an Dritte bezahlt habe. (S. 263, 273, 274.) Dann könne es dem Geschäftsherrn nicht genügen, daß ihm über die geleisteten Zahlungen ein rein prozessualer, vielleicht auch für seine eigene Überzeugung ausreichender Beweis erbracht werde, sondern er könne auch verlangen, daß ihm vom Geschäftsführer die im Geschäftsverkehr üblichen Beweismittel geliefert würden, durch welche er in die Lage versetzt werde, dem Dritten gegenüber die geleisteten Zahlungen nötigenfalls zu erweisen. In diesem Sinne bilde also unter Umständen die Beibringung von Belegen zu den Ausgabeposten allerdings ein Recht des Rechnungsherrn. Aber es handle sich dabei nicht um eine formelle Vollständigkeit der abgelegten Rechnung, sondern um einen Teil der materiellen Pflichterfüllung des Geschäftsführers. Habe dieser schuldvoll unterlassen, sich über die von ihm für den Geschäftsherrn geleisteten Zahlungen von den Zahlungsempfängern die im Geschäftsverkehr üblichen Beweismittel zu verschaffen (also namentlich Quittung geben zu lassen), laufe deshalb der Geschäftsherr Gefahr, daß diese Zahlungen später von dem Empfänger ihm abgeleugnet und dann nicht erwiesen werden könnten: so werde er verlangen dürfen, daß der Geschäftsführer ihm diese Gefahr abnehme, d. h. ihm Sicherheit dafür leiste, daß der Beweis der Zahlungen auch dem Dritten gegenüber werde erbracht werden.

Mit Recht bemerkt Klewitz, daß der Ausweg Bährs, Sicherheitsleistung vom Geschäftsführer zu verlangen, rechtlich nicht zu begründen sei. Auch verweist er darauf, daß der Geschäftsführer in sehr vielen Fällen die Edition der Urkunde auf

7) Anscheinend hält auch Staub, Kommentar zu H.G.B. § 384 Anm. 19 nur die Ausgaben für belegungsfähig.

Grund des betreffenden Kontrakts oder kontraktähnlichen Verhältnisses fordern dürfe.

Mit der Ausnahme, die Bähr bei den Einnahmeposten gelten läßt, will er den Belegen nur die Bedeutung einer Bescheinigung des Inhalts zukommen lassen, daß der Rechnungsführer nicht ein Mehreres in Einnahme zu setzen gehabt habe. Insoweit habe der Geschäftsherr ein Interesse an der Beibringung der Belege auch bei den Einnahmen. Wir haben indessen gesehen, daß von Geständnissen bei Angabe der Einnahmen nicht die Rede sein kann. Das Interesse des Geschäftsherrn geht auch über das von Bähr ihm zugebilligte hinaus. Auch wenn die Einnahmen Geständnisse wären, ist denn der Geschäftsherr dessen sicher, daß ihm alle Einnahmen und zwar in voller Höhe gestanden werden? Aus dem einzelnen Beleg ersieht er allerdings zunächst nur soviel, daß ein in die Rechnung eingestellter Einnahmeposten richtig angegeben ist, er kann aber auch zwischen den Zeilen lesen und in einem oder mehreren Belegen unter Umständen ein wichtiges Hilfsmittel zur Kontrolle der ganzen Geschäftsführung des gestor finden.

Von den partikularen Gesetzgebungen entschied sich das Preuß. A.L.R. Teil I Titel 14, II. Abschn. § 136 für die Einbeziehung der Belege in die Rechnungslegungspflicht. Es sagte:

„Alle Einnahmen und Ausgaben muß der Verwalter . . . mit bündigen Belegen rechtfertigen."

Das R.G. Entsch. vom 21. 2. 80, Gruchot Bd. 24 S. 1004/5 Nr. 145 meint zwar in Auslegung der hierauf bezüglichen Bestimmungen des A.L.R., das Gesetz stelle durchaus keine allgemeine Regel über die Pflicht des Rechnungslegers zur Produktion der Belege auf, überlasse es vielmehr im einzelnen Falle dem Rechnungsabnehmer und dem Richter, zu bestimmen, was in dieser Beziehung notwendig und nützlich sei; es sei dies also zumeist eine Tatfrage. Unrichtig sei aber der Satz, daß zu einer Rechnung auch die vorhandenen Belege gehörten, nicht, denn ohne Belege könne die Richtigkeit einer gelegten Rechnung weder in den Einnahmen noch in den Ausgaben geprüft werden. Die gesetzlichen Vorschriften des A.L.R. sagten nicht das Gegenteil,

sondern könnten vielmehr für die Notwendigkeit der Belege angeführt werden.

Ähnlich bezog § 1394 des Sächs. G.B. von 1863 die Belagspflicht offenbar als Bestandteil der Rechnungsablage in diese mit ein:

„Die Vorlegung der Rechnung besteht in der Mitteilung der Rechnung unter Beifügung der Belege."

Hierdurch ist die innere Verbindung noch deutlicher hervorgehoben. Das Sächs. G.B. sei hier deshalb besonders erwähnt, weil es das einzige der Partikularrechte ist, welches das Institut der Rechenschaftsablage in den §§ 1393 ff. selbständig geregelt hat.

Klewitz neigt zu einem vermittelnden Standpunkt. Er legt Gewicht darauf, ob und inwieweit in concreto ein Interesse des Geschäftsherrn an der Beibringung der Belege angenommen werden könne, und will die allerdings an Deutlichkeit und Schroffheit nichts zu wünschen übrig lassende Vorschrift des A.L.R. strikt in seinem oben wiedergegebenen Sinne ausgelegt wissen [8]). Dagegen ist das B.G.B. nicht soweit gegangen, das subjektive Interesse des Rechnungsherrn maßgebend sein zu lassen, sondern hat einen objektiven Gesichtspunkt aufgestellt, der sich nicht so sehr von der früheren schärferen Auffassung entfernt; es ordnet die Vorlegung der Belege nur soweit an, als solche erteilt zu werden pflegen.

Die Motive zum Entw. I § 591 (Bd. 2 S. 538) äußern sich nicht direkt über die Zugehörigkeit der Belege zur Rechnung. Sie sagen nur zu dem Wortlaut des Entwurfs:

„Bei einer Vermögensverwaltung hat der Beauftragte dem Auftraggeber eine die geordnete Zusammen-

8) A. a. O. S. 24 Anm. 1. Die weitere von Klewitz gezogene Beschränkung auf das tatsächliche Vermögen des Rechnungslegers zu der Vorlegung der Belege erscheint selbstverständlich, und es ist der Standpunkt des § 1394 des Sächs. G.B. nur scheinbar liberal, wenn es dort heißt: „. . . . . unter Beifügung der vorhandenen Belege". Denn damit kam nur die im Wesen der Rechnungslegung als eines Hilfsrechts begründete Einschränkung zum Ausdruck, ohne der prinzipiellen Bedeutung Abbruch tun zu wollen. Soweit die Belege vorhanden waren, mußten sie alle vorgelegt werden.

stellung der Einnahmen und Ausgaben enthaltende und mit Belegen versehene Rechnung zu legen,"

es sei eine tatsächliche, der verständigen Beurteilung des Richters unterliegende Frage, inwieweit die Beschaffung derselben erforderlich sei. Man sieht, daß im Entwurf der schroffe Standpunkt des A.L.R. und des Sächs. G.B. sachlich noch nicht verlassen war, und daß erst die beigegebenen Motive die Starrheit zu mildern suchen. Nach Ritgen (Gruchot Bd. 39 S. 632) war über den Zusatz „erforderlich" oder „geschäftsüblich" beraten worden. Es sollte hierdurch zum Ausdruck gebracht werden, „daß die Beibringung von Belegen dem Beauftragten grundsätzlich zur Pflicht gemacht, daß jedoch durch Erlassung der Beibringung solchen Fällen grundsätzlich Rechnung getragen werden solle, wo Belege nicht erteilt zu werden pflegen." Man hielt also an dem Prinzip der Vorlegungspflicht an sich fest und wollte ersichtlich nur aus Rücksicht des leichten Geschäftsverkehrs hiervon nur dann abweichen, wenn es im Interesse desselben nicht angebracht erschien. Die gesetzliche Fassung, „soweit Belege erteilt zu werden pflegen" ist nur eine Modifikation im Ausdruck, besagt aber inhaltlich dasselbe.

Nur hat man bezüglich der von den Motiven erstrebten verständigen Beurteilung des Richters zu bemerken, daß sie sich nur innerhalb des Gesetz gewordenen Textes bewegen kann. Dieser Text spricht aber von Belegen, soweit sie erteilt zu werden pflegen. Es bleibt also nur innerhalb dieser Schranke ein Spielraum für die richterliche Auslegung. Die Erfahrung zeigt indessen, daß man gut tut, so ziemlich für alles sich Belege zu sichern, wenn es nicht gerade Hotelkosten, Trinkgelder und Porti [9]) sind, die zudem vielfach als fixe Reisespesen liquidiert werden, oder bezüglich der Einnahmen, falls sie nicht etwa z. B. aus Detail-Handverkäufen von Waren Zug um Zug erzielt werden. Daß in der Literatur, so auch vor allem von Staub selbst keine anderen als die in Anmerkung 9 genannten Beispiele als Ausnahmen ausfindig gemacht wurden, anscheinend auch in der gerichtlichen Praxis die

9) Staub Note 19 zu § 384 H.G.B. rechnet zu den nicht zu belegenden Posten: Stempel. Kosten, Courtage, Lagergeld, Prämie.

Frage noch nicht akut geworden ist, beweist am besten, in welchem Maße heute das Verlangen nach Belegen gestellt und ihm auch genügt wird. Das gilt zunächst allerdings nur im Verhältnis des Geschäftsführers zu Dritten. Soweit aber der Geschäftsführer sich Belege verschafft hat, ist auf dem Wege des Rückschlusses festzustellen, daß er es auch mit Rücksicht auf den Geschäftsherrn getan hat, daß er sich also für verpflichtet erachtet oder dafür zu erachten ist, die Belege dem Geschäftsherrn vorzulegen.

Nach Treitel S. 34, 35 zählt die Beifügung von Belegen nicht zu den absoluten Erfordernissen einer Rechnung im technischen Sinne. Sie dienten vielmehr nur zur Rechtfertigung des Rechnungsstellers. Lediglich von der Sachlage im konkreten Falle hänge es ab, ob die Beifügung von Belegen notwendig sei und deshalb gefordert werden könne. Für das preuß. Recht folgert Treitel S. 34 aus A.L.R. I 17 § 222, daß die Beifügung nicht ein absolutes Erfordernis sei. Die allegierte Bestimmung besagt, daß, wenn die Beibringung eines eigentlichen Belegs oder anderen Beweises mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden ist, die bloßen an Eidesstatt gegebenen Angaben oder die eidliche Bestärkung des Rechnungslegers nach richterlichem Ermessen die Stelle des Belags oder weiteres Nachweises vertreten kann. Aus dem Zitat folgt aber m. E. doch gerade, daß die Beibringung von Belegen so sehr als notwendig angesehen wurde, daß man möglichst auf ein Surrogat bedacht war, wenn ein Beleg selbst fehlte. Natürlich, ultra posse nemo obligatur; deshalb suchte das A.L.R. das Prinzip zu retten und stellte einen Ersatz für die fehlenden Belege auf. An der prinzipiellen Notwendigkeit änderte dies aber nichts, auch das nicht, daß der Ersatz nach richterlichem Ermessen die Stelle des Belegs vertreten sollte; diese Beschränkung war vielmehr notwendig, wenn der Ersatz möglichst vollkommen sein sollte.

Übrigens geht das A.L.R. I 17 § 222 und mit ihm Treitel a. a. O. durch die Gleichstellung der Belege mit Beweismitteln über die Bedeutung hinaus, welche die Belege für die Erfüllung der Rechnungslegungspflicht als solche haben. Für diese kommt es überhaupt nur darauf an,

daß die Belege als gleichwertige Bestandteile der Rechnung zur Stelle geschafft werden; ihre Beweiskraft für die einzelnen belegten Posten spielt hierbei noch gar keine Rolle [10]), sondern erst bei der Frage, ob die Rechnung abnahmefähig sei. Nur unter dieser Beschränkung ist die Frage der Anwendbarkeit des § 286 Z.P.O. im modernen Recht zu beurteilen, wenn Belege für eine Rechnung nicht beigebracht werden. Die Anwendung ist natürlich nur analog zu denken, da Z.P.O. § 286 ausdrücklich von einer Beweisaufnahme und der Verhandlung hierüber und ihrer Würdigung durch den Richter spricht. Wie also freie richterliche Beweiswürdigung sich darüber schlüssig macht, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei, so greift bei der Rechnungslegungspflicht mangels des Vorliegens von Belegen freie richterliche Würdigung des vorhandenen Materials (der Rechnung mit ihren einzelnen Posten) Platz, ob nach der inneren Beschaffenheit dasselbe allein schon ausreiche, um die durch das Fehlen der Belege an sich unvollständige Rechnung als vollständig gelten zu lassen. Nun könnte man freilich sagen: gehören die Belege zur Rechnung, so sei eben, wenn sie fehlen, die Rechnung noch nicht gelegt, und dementsprechend habe der Richter zur Rechnungslegung schlechthin zu verurteilen und, wenn nach Rechtskraft des Urteils die Belege nicht nachgebracht werden, gemäß § 888 Z.P.O. eine Strafe festzusetzen. Allein so radikal darf man doch wohl nicht verfahren. Angesichts einer ohne Belege mitgeteilten Rechnung wird sich vielmehr der Prozeß, der mit dem Klageantrage auf Ergänzung der Rechnung durch Vorlegung der Belege angestrengt wird, so abspielen, daß der Kläger Umstände dartut, aus denen auf das Vorhandensein von Belegen zu schließen ist. Demgegenüber wird der beklagte Geschäftsführer die Unmöglichkeit der Vorlegung zu beweisen suchen. Z. B.: Kläger behauptet und stellt unter Beweis, der Beklagte habe Äußerungen getan, aus denen hervorgehe, daß er im Besitz von Belegen sei. Der Beklagte antwortet, er habe allerdings Belege gehabt, sie seien ihm aber gestohlen worden, verbrannt oder sonst z. B. durch Übergießen mit Tinte

10) Vergl. die Ablehnung der Zeugniskraft der Auskunft aus § 840 Abs. 2 Ziffer 2 u. 3 Z.P.O. bei Gaupp-Stein daselbst.

vernichtet worden. Je mehr nun die Rechnungsposten nach der Erfahrung des täglichen Lebens und nach Art des speziellen Rechtsverhältnisses in sich selbst gerechtfertigt erscheinen und negativ gegen ihre Glaubwürdigkeit sich nichts einwenden läßt, umso eher wird die Vorlegung der Belege entbehrlich sein, und allerdings kann mithin dieser an sich notwendige Bestandteil der Rechnungslegung sich alsdann als ein superfluum herausstellen. Folglich wird der Richter von dem Erfordernis der Belegung Abstand nehmen, indem er angebotene Beweise als unerheblich ablehnt und die Klage abweist [11]). Je weniger aber die Rechnung äußerlich wahrscheinlich und in sich geschlossen ist, desto mehr bedarf sie der Ergänzung durch Vorlegung der Belege. Ist kein Beweis vom Kläger nach dieser Richtung hin angetreten, so erfolgt Verurteilung zur Vorlegung und tritt Zwangsvollstreckung nach § 888 Z.P.O. ein; ist Beweis und Gegenbeweis angetreten, so ist dieser aufzunehmen und nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die Entscheidung abzuwägen.

Die Behauptung Treitels, daß die Belege nur zur Rechtfertigung des Rechnungsstellers dienten, ist unzutreffend. Ebenso wie schon bei Erörterung der Bedeutung, welche die Verzeichnung der Einnahmen und Ausgaben für die Parteien hat, auseinander gesetzt wurde, ist auch die Frage bezüglich der Belege nicht durch ängstliches Abwägen der entgegengesetzten Interessen beider Par-

11) Wenigstens für diesen Fall möchte ich darum die Ansicht von Staub (§ 384 H.G.B. Anm. 19) und des R.O.H.G. 7,92 nicht teilen, es folge aus der Nichterbringung nur, daß die betreffende Ausgabe so lange nicht geltend gemacht werden könne, als sie nicht anderweitig bewiesen werde, sofern es sich nämlich um die Erfüllung des Rechnungslegungsanspruchs handelt, also darum, ob die Ausgabe recte in die Rechnung eingestellt sei oder nicht und dort auch ohne Beleg als vollwichtiger Posten weiter figurieren könne. Ob der Posten aber tatsächlich richtig sei, ist eine andere Frage, nur meine ich, ist dem Rechnungsherrn, der ihn beanstandet, der Beweis für die Unrichtigkeit aufzubürden, umso eher, als nach der richtigen Bemerkung Staubs a. a. O. u. nach R.G. Bd. 56 S. 116 durch die Schwierigkeit oder Unmöglichkeit der Beibringung der Belege die Rechnungslegung selbst nicht hinausgeschoben werden darf. Das preuß. A.L.R. I 14 § 137 schrieb vor, daß der nicht belegte Posten nur soweit gelte, als der Verwalter dessen Richtigkeit nachweisen könne.

teien zu beantworten. Die Entscheidung richtet sich vielmehr nach der ratio des Rechtsinstituts der Rechenschaft überhaupt, nach der doch jeder einzelne Rechtssatz desselben beurteilt werden muß. Alle Maßregeln sind daher darauf zu prüfen, ob sie der Aufklärung des Geschäftsherrn dienen. Da Belege das Bild der Rechnung sicherlich vervollständigen helfen und hauptsächlich das Gefühl der Unsicherheit beseitigen, das den auf Mitteilungen des Anderen angewiesenen Geschäftsherrn bei jeder Nachricht, bei jedem Satz der Rechenschaft und bei jedem Rechnungsposten beschleicht, so sollte man doch meinen, daß ihre Vorlegung notwendiger Bestandteil der Rechnungslegung ist. Daß Belege dem Geschäftsherrn nur vorzulegen, nicht auszuantworten sind, ist nur mit Rücksicht auf den generellen Charakter des § 259 B.G.B. angeordnet und spricht nicht gegen die Ausdehnung ihrer Bedeutung. Nach dem der Geschäftsführung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis ist zu entscheiden, ob die Belege auch zu übergeben sind. Ist das nicht der Fall, so ist es dem Geschäftsherrn unverwehrt, sich von den Belegen eine beglaubigte Abschrift zu nehmen, wenn der gestor ihrer selbst noch bedarf, um Beweisstücke für seine Rechtsbeziehungen zu dritten Personen in Händen zu haben.

An dem prinzipiellen Zwangscharakter der Belegungspflicht darf man auch nicht durch § 1841 B.G.B. irre werden. Dieser enthält allerdings nur eine Sollvorschrift, so daß es den Anschein erwecken könnte, als sei die Beifügung der Belege eine begrifflich nicht notwendige Nebenverpflichtung. Wie die Wiederholung des Wortlauts des § 259 B.G.B. (und die Erweiterung, daß über den Zu- und Abgang des Mündelvermögens Auskunft zu geben sei,) beweist, handelt es sich um eine Spezialbestimmung für das Vormundschaftsrecht.

Sonderbar wäre es auch, wenn man aus § 1890 Satz 2 B.G.B. herauslesen wollte, daß die Belege nicht zur Rechnung gehörten; denn wäre das der Fall, verstände man unter der Rechnungslegung nicht Rechnungslegung im speziellen und Beibringung der Belege, so müßte es für den § 1890, da die Bezugnahme auf die Rechnung genügen soll, zulässig sein, daß, wenn keine Belege vorgelegt werden, diese auch nicht abgefordert werden

dürften. Es kann aber nicht Absicht des Gesetzes gewesen sein, den Mündel schlechter zu stellen als jeden anderen Rechenschaftsberechtigten.

Will man etwa aus dem Inhalt der Formel des Offenbarungseides aus § 259 Abs. 2 B.G.B. die Nichtzugehörigkeit der Belege zu einer Rechnung herleiten, weil die Formel nur Einnahmeposten umfasse, nicht auch die Angabe über Belege, so ist darauf zu erwidern, daß diese letztere Angabe sich selbstverständlich erübrigt, wenn der zu belegende Einnahmeposten selbst unter dem Druck des Eides, also besonders bekräftigt, ermittelt ist; es wäre unbillig, den Geschäftsführer noch etwas besonderes beschwören zu lassen, was ohnehin schon durch die eidliche Angabe nur des Einnahmepostens feststeht [12]).

Das Erfordernis der Belegung ist nur eine dispositive Vorschrift. Vertraglich kann der Rechnungspflichtige von der Beibringung besonderer Belege befreit werden. Vgl. Staub a. a. O. (R.G. Bd. 54 S. 333) für den Giroverkehr der Reichsbank.

Belege sind nur für die Rechnungsposten beizubringen, nicht auch für die einzelnen Tatsachen, z. B. eine Korrespondenz, die in dem Rechenschaftsbericht angeführt wird. Es wäre das eine zu weit gehende Belastung des Geschäftsführers und auch nicht immer durchzuführen, sich für jede Tätigkeit einen Beleg zu sichern. Worin bestehen die Belege? Für die Ausgaben sind es wohl meist besonders geschriebene Quittungen, aber auch quittierte und zurückgegebene Schuldtitel und Wechsel können in Betracht kommen. Einnahmen werden durch Postanweisungsabschnitte oder briefliche Empfangsbestätigungen belegt. Vor allem aber bilden in kaufmännischen Verhältnissen die Handelsbücher und deren Unterlagen den wichtigsten Beleg für Einnahmen und Ausgaben zugleich, vorausgesetzt, daß sie ordnungsmäßig geführt sind.

Aus dem Seerecht ist als Beleg für die Rechnungslegung des Schiffers (§ 534 H.G.B. u. a.) sein Abrechnungsbuch zu nennen, in das er alle auf die Heuer der Schiffsleute geleisteten Vorschuß- und Abschlagszahlungen sowie die etwa gegebenen Handgelder ein-

12) S. auch Schollmeyer, § 259 Note 3 a. E. Über die Beeidigung der Belegung für die Ausgabeposten s. § 4 dieses Kapitels.

zutragen hat und in welchem er die Schiffsleute über den Empfang der Zahlung quittieren lassen muß. Pappenheim Bd. II S. 514/515.

---

§ 3.
Die Erfüllung.

I. Die äußerste Grenze der Verpflichtung zur Auskunftserteilung, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung ist das positive Leistungsvermögen; es kann eben aus dem Pflichtigen nicht mehr herausgeholt werden, als er zu geben vermag. Etwaiges Verschulden ist hierbei nebensächlich. Aber natürlich genügt nicht die einfache Behauptung der Unmöglichkeit, sondern der Beklagte muß sie auch beweisen, während dem Berechtigten zur Substantiierung seiner Klage nur obliegt, das Rechtsverhältnis zu behaupten, dem seine Befugnis entstammt. Der Beweis kann nur ein Indizienbeweis sein, d. h. konkrete Umstände müssen den Schluß zulassen, daß die verlangte Leistung unmöglich ist. Das an sich Auffällige, daß ein Auskunfts- oder Rechenschaftspflichtiger seiner Pflicht dadurch überhoben sein soll, daß er sich durch sein Verschulden nicht in den Stand setzt, sie erfüllen zu können, begründet Bähr (a. a. O. S. 270) richtig damit, daß es nicht Absicht jenes Satzes sei, einem Pflichtigen sein Verschulden zu schenken, nur könne der Anspruch aus einem solchen Verschulden nicht in der Form einer Klage auf Rechnungsstellung verfolgt werden. Sollte aber auch dieses bedenklich erscheinen, weil im allgemeinen nicht zu beanstanden sei, daß ein obligatorischer Anspruch auf eine Sache selbst verfolgt werde, wenn der Schuldner verschuldeterweise sich außer Stand gesetzt habe, die Sache zu leisten, so sei darauf zu erwidern, daß eine Klage „zu besserer Rechnungsstellung" nicht angängig sei, weil die Rechnungsstellung kein Ding sei, das an sich einen Wert habe. Ein Urteil, bessere Rechnung zu stellen, sei, sobald die Unmöglichkeit hierzu feststehe, ohne Wert und hierauf könne an sich noch kein Entschädigungsanspruch gegründet werden. Zutreffend bemerkt auch Rocholl (a. a. O. S. 244): Müßte der Berechtigte dazu übergehen, einen solchen Schadensersatzanspruch nur an-

nähernd liquide zu stellen, so befände er sich in eben der Lage, welcher er durch die Rechenschaft des Verpflichteten enthoben werden sollte. Der Umstand aber, daß die Rechnungsstellung als Gegenstand einer Obligation a n s i ch ohne Wert ist, hindert nicht, sie juristisch als Gegenstand einer Obligation zu behandeln.

II. Weit schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob eine Auskunft, die erteilt, oder eine Rechenschaft, die abgelegt, oder eine Rechnung, die gelegt ist, als vollständige oder mangelhafte Erfüllung zu betrachten sei. Die Unsicherheit, in der der Berechtigte beständig schwebt, bringt es mit sich, daß er häufig geneigt sein wird, mehr von dem Verpflichteten zu verlangen, als dieser bietet. Bezüglich der Auskunft nun ist eine Klage auf Ergänzung ausgeschlossen. Es gilt dies nicht nur bei solchen Auskunftspflichten, die sich in einer einmaligen Auskunft erschöpfen wie bei der Veräußerungsauskunft, sondern auch bei denjenigen, die wie die Geschäftsführungsauskunft eine Wiederholung gestatten. Letzterenfalls kann der Berechtigte eine neue Klage nur auf Auskunft über den inzwischen weiter zurückgelegten Abschnitt der Geschäftsführung erheben; möglich, daß er auf solche Weise sich die frühere Tätigkeit des Geschäftsführers rekonstruieren kann, aber er kann nicht eine Verbesserung der auf die frühere Klage hin erteilten Auskunft verlangen. Zur Aushilfe kann er, wenn ein Fall vorliegt, auf den § 260 B.G.B. Anwendung findet, den Offenbarungseid fordern. Sonst vermag er gegen eine unvollständige Auskunft auch noch aus dem seinen Beziehungen zum Auskunftspflichtigen zugrunde liegenden Rechtsverhältnis oder aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung zu reagieren, vorausgesetzt, daß die Sondererfordernisse dieser Mittel erfüllt sind. Zu einem Offenbarungseide kann er den Auskunftspflichtigen auch auf dem Wege zwingen, daß er, wenn er im Falle einer Geschäftsführungsauskunft die Beendigung der Geschäftsführung erfährt, wo es zulässig ist, Rechenschaft und hiermit Auskunft in toto verlangt und schließlich die Eidesleistung aus § 259 B.G.B. nach Maßgabe der hierfür geltenden Bestimmungen beantragt.

Einer Rechnung gegenüber, die sich äußerlich als formell korrekt darstellt, darf sich der Geschäftsführer nur dann ablehnend

verhalten, wenn er nachweist, daß sie auf falscher Grundlage gelegt ist [1]). So leicht wird indessen dieser Fall nicht eintreten, da besondere Grundsätze, die für die rechnerischen Ansätze bestimmend sind, wohl nur bei verwickelten und umfangreichen Vermögensverwaltungen vorkommen mögen, z. B. bei großen Mündelguts- und Zwangsverwaltungen; im übrigen ist auch das einzelne Rechtsverhältnis maßgebend.

Glaubt der Geschäftsherr aber die Rechnung wegen Unvollständigkeit beanstanden zu müssen, so kann er sie nicht von sich weisen mit der Erklärung, diese sogenannte Rechnung sei nach seinem Sinn gar keine Rechnung; sein bloßes subjektives Befinden darf natürlich nicht entscheiden, weil er sonst nach Form und Inhalt die ungemessensten Ansprüche an den Geschäftsführer stellen könnte und der Chikane Tor und Tür geöffnet wäre. Wohl aber darf er Ergänzung der Rechnungslegung oder Rechenschaftsablage verlangen. Dazu genügt jedoch nicht das einfache Ansinnen, die Rechnung zu ergänzen, sondern er muß glaubhaft darlegen, warum er die Rechnung für unvollständig hält, und muß die Punkte bezeichnen, in denen die Ergänzung vorgenommen werden soll. Besteht der Geschäftsführer auf der von ihm gelegten Rechnung und kommt der Streit gerichtlich zum Austrag, so hat das Gericht in Ermangelung einer solchen Substantiierung der Fehlerhaftigkeit die erfahrungsmäßig allgemein gültigen Kriterien für eine objektive verständliche Rechnung auf ihr Vorhandensein zu prüfen. Aber auch soweit aus dem Vortrage der Parteien dem Gericht sonstige Umstände bekannt werden, hat es diese zu berücksichtigen, ebenso wenn sich Umstände ergeben, die den Schluß gestatten, daß im Verhältnis der Parteien zu einander gewisse fehlende, zur Identifizierung der Posten dienende Punkte nicht nötig waren, also subjektive Übereinstimmung der Parteien anzunehmen ist. Bei einer Rechenschaftsablegung, die sich nicht auch über Zahlenreihen äußert, sondern einen verbindenden Text darstellt, wird darauf zu achten sein, daß die Beschreibung der Geschäftsführung inhaltlich nicht auffällig, sprungweise, unlogisch und nebensächlich

1) R.G. v. 3. 10. 85 Gruchot Bd. 30 S. 436—439.

in Beziehung auf das der Geschäftsführung zugrunde liegende Verhältnis ist; über eine etwas wirre, durch den mangelhaften Bildungsgrad des Geschäftsführers bedingte Darstellungsweise hat das Gericht sich hinwegzusetzen, sofern schließlich das Ergebnis zu erkennen ist und nicht in einem unmotivierten Gegensatz zu den mitgeteilten Tatsachen steht. Je nach dem Befund ist alsdann auf Legung einer Rechnung bezw. Rechenschaftsablage oder auf Vervollständigung in bestimmt zu bezeichnenden Punkten zu tenorieren.

Bähr (a. a. O. S. 261) unterscheidet zwischen Vollständigkeit in quanto und in quali. Unter jener versteht er, daß nicht Rechnungsposten ganz fehlen, unter dieser die Substantiierung der Rechnungsposten, d. h. eine so genaue Darlegung des den einzelnen Posten zugrunde liegenden Tatbestandes, als das Interesse des Rechnungsherrn erheischt. Getreu seiner Theorie behandelt er auch im Punkte der Vollständigkeit einer Rechnung Einnahmen und Ausgaben verschieden. Bezüglich der Einnahmeposten nennt er (S. 264) die Vollständigkeit in quanto geradezu eine Lebensfrage für die Pflicht zur Rechnungsstellung überhaupt. Sie müsse unter allen Umständen erreicht werden. Das Mittel hierzu sei der Offenbarungseid (S. 265). Betreffs der qualitativen Vollständigkeit der Einnahmeposten bemerkt er zunächst (a. a. O.), daß sie an sich nicht erforderlich sei, da ja die Angaben der Posten „Geständnisse" seien und also der Geschäftsherr die verzeichneten Einnahmen ohne Rücksicht auf deren Substantiierung seiner Klage zugrunde legen könne. Werde eine solche Einnahme qualitativ mangelhaft begründet, so nehme sie der Geschäftsherr natürlich auch in dieser mangelhaften Form gern an (S. 266), um den Vorteil, welchen ihm die, wenn auch schlecht gestellte, Rechnung gewähre und der darin bestehe, daß jede auch noch so schlechte Substantiierung von Einnahmeposten Geständnisse enthalte, nicht aus der Hand zu geben.

Diese Begründung Bährs steht und fällt mit der Berechtigung seiner Theorie von der Bedeutung der Einnahmen und Ausgaben. Wir erblicken in der Angabe eines qualitativ mangelhaften Postens lediglich um der Tatsache der Angabe

willen keinen Vorteil. Richtig ist nur der unbestreitbare Satz, daß der Geschäftsherr an der quantitativen Vollständigkeit der Einnahmen das denkbar größte Interesse hat. Aber auch die qualitative Substantiierung ist erforderlich, schon um Irrtümer in der Identität zu vermeiden, außerdem aber entspricht sie dem jeder Rechenschaft und Rechnungslegung als Auskunftsmittel i. w. S. innewohnenden Informations- und Kontrollzweck.

Was die Ausgabeposten anbetrifft, so hat nach Bähr (S. 261/262) der Geschäftsherr gar kein Interesse an der Vollständigkeit in quanto. Formell trifft dies nach dem Gedankengange seiner Lehre zu, innerlich gerechtfertigt ist es aber nicht; denn zu dem bloßen Informations- und Kontrollinteresse kommt noch hinzu, daß der präparatorische Zweck der Rechenschaft rascher verwirklicht wird, wenn der Saldo von vornherein richtig festgestellt wird, als wenn er nachträglich in einem besonderen vom Geschäftsführer anzustrengenden Prozeß, der sicher nicht in seinem Interesse liegt, geändert werden muß. Das Erfordernis auch der qualitativen Vollständigkeit der Ausgabeposten ergibt sich demnach von selbst; denn solange Ausgaben auch in quali nicht ordnungsmäßig begründet sind, leiden sie an innerer Unwahrscheinlichkeit, ob sie überhaupt gemacht sind. Um nun aber sicher zu gehen, steht es dem Geschäftsherrn allerdings einfach frei, die Ausgabeposten unberücksichtigt zu lassen und nur die „zugestandenen" Einnahmeposten einzuklagen [2]), aber er ist nicht, wie Bähr anzunehmen scheint, darauf angewiesen, weil es selbst nicht in seinem eigenen Interesse liegt, sondern es erwächst ihm, was Bähr leugnet, aus dem Interesse an der gütlichen Einigung über die Ausgabeposten, die den Saldo beeinflussen, ein Recht, deren qualitative Vollständigkeit zu verlangen.

Das frühere Recht kannte zur Erledigung von „Erinnerungen" gegen eine gelegte Rechnung das sogenannte Monitorverfahren. Die Erinnerungen konnten Qualität und Quantität der eingereichten Rechnung betreffen; nach beiden Richtungen hin war eine Vervollständigung der Rechnung denkbar. Es ist also

2) wir würden sagen: die zweifelsfreien.

doch wohl nicht richtig, daß nach Bähr (S. 267) das Monitur-verfahren nur dazu dienen sollte, um den Rechnungssteller zu einer Vervollständigung in quali zu veranlassen[3]). Das Moni-turverfahren greift ein, wenn der Geschäftsherr die ihm vorgelegte Rechnung nicht abnehmen will, d. h. wenn er sie im ganzen oder teilweise deshalb nicht als Erfüllung der Rechnungspflicht gelten lassen will, weil sie diesen oder jenen Posten nicht enthält, den sie nach seiner Ansicht enthalten müßte, oder weil dieser oder jener Posten, den sie enthält, nicht genügend substantiiert ist, so daß er im Zweifel sein kann, ob der Posten in die Rechnung hineingehöre. Nebenher geht die Erledigung der Ausstellungen, die der Geschäftsherr insofern an der Rechnung macht, als die tatsächlich angegebenen Posten nicht auch gehörig, d. i. nach Maß-gabe des § 259 B.G.B. belegt sind. Ein Recht auf Abnahme der Rechnung, d. h. auf Abgabe einer Erklärung, daß der Ge-schäftsherr die Rechnungslegungspflicht als erfüllt ansehe, hat der Rechnungsleger nicht. Die Meinung des Anderen über die Rech-nung lernt er ja übrigens, abgesehen von den ausdrücklich kund-gegebenen Erinnerungen quantitativer und qualitativer Art, auch dadurch kennen, daß der Geschäftsherr jetzt die Auszahlung des aus der Rechnung sich ergebenden Saldos verlangt oder, wenn gemäß § 254 Z.P.O. zwei Klagen gegen den Rechnungsführer auf Rechnungslegung und Zahlung des geschuldeten Saldos ver-bunden sind, sich in dem Prozesse diesem zweiten Klagebegehren zuwendet. Damit ist die Rechnung stillschweigend abgenommen.

3) Das Verfahren, welches nach vollständig bewirkter Rechnungs-legung dazu dient, die abgelegte und abgenommene Rechnung in quanto zu berichtigen, hieß das Defekturverfahren. Das Moniturverfahren muß im Gegensatz zu Rocholl S. 248 vollständig erledigt und die Rechnung evtl. durch erzwungenen Offenbarungseid festgestellt sein, ehe man an die Frage der Richtigkeit der Posten herantreten kann. Ebenso Treitel S. 55/56. Vgl. § 7 dieses Kapitels.

§ 4.

Der Offenbarungseid.[1])

§ 259 Abs. 2 und § 260 Abs. 2 B.G.B. stellen ein jeder die Formel für einen Offenbarungseid auf, den der Auskunftspflichtige bezw. zur Rechnungslegung Verpflichtete auf Verlangen zu leisten hat. § 261 B.G.B. enthält für beide Eidespflichten gemeinschaftliche Bestimmungen über den Ort der Leistung, über eine eventuelle Änderung der Eidesnorm und über die Kosten der Abnahme des Eides. Gemeinschaftlich ist ihnen auch, daß in Angelegenheit von geringer Bedeutung eine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides nicht besteht. Ob eine solche Angelegenheit vorliegt, ist Tatfrage, die der richterlichen Beurteilung unterworfen ist. Maßgebend hierfür ist nicht allein der Wert der betreffenden Gegenstände, sondern die gesamte Sachlage, darunter auch die persönlichen Verhältnisse sind zugrunde zu legen[2]). Prozessual hat die Erheblichkeit der Kläger darzutun und zu beweisen, die Geringfügigkeit aber der Beklagte[3]). Der Eid aus § 259 erfordert einen von dem Rechnungsherrn zu beweisenden Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind[4]). Die regelmäßige Norm lautet dahin, daß der Pflichtige nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei. Seiner Natur nach ist dieser Eid ein notwendiges Glied in der Kette derjenigen Maßnahmen, die erforderlich sind, um einen widerspenstigen Rechnungspflichtigen zu den vom Gesetz verlangten Angaben zu veranlassen. Er reiht sich in die Lehre von

---

1) Eine kurze Übersicht der historischen Entwicklung bei Klewitz S. 48 bis 52.

2) Hübner S. 82.

3) Planck § 259 Note 4.

4) Die Denkschrift S. 45 begründet dieses Erfordernis aus der Vertrauensstellung, die der Verpflichtete in der Regel zum Berechtigten inne hat. Das Verlangen eidlicher Bekräftigung der Angaben sei daher erst zulässig, wenn Umstände bewiesen würden, die das Vertrauen als nicht gerechtfertigt erscheinen ließen.

der Rechenschaft organisch ein[5]). Daher erscheint er als ein Akzessorium der Verpflichtung zur Rechnungslegung, dazu bestimmt, dem Gläubiger, wenn der Schuldner eine Rechnung nicht auf Verlangen in quanto der Einnahmen ergänzen will oder der Gläubiger gegenüber einer überreichten Rechnung von vornherein Gründe für das Verlangen nach dem Eid geltend macht, als letztes Mittel zur Herbeiführung einer vollständigen Rechnung. Der Eid kann freiwillig geleistet werden. Wird er auf außergerichtliches Verlangen verweigert, so ist die Klage zulässig. Die Zwangsvollstreckung erfolgt nach §§ 888, 889 Z.P.O. Das wird auch von Bähr nicht geleugnet. Dagegen bestreitet Pfizer a. a. O. den Anspruchscharakter, weil die Eidesleistung kein Tun enthalte, sondern ein Reden, und verwirft ihn überhaupt ganz mit der Begründung, es werde durch das Verlangen des Eides der Vorwurf oder doch wenigstens der Verdacht der Unredlichkeit ausgesprochen, dem sich kein anständiger Mensch aussetze, und gleichgiltig sei einem solchen der feine Unterschied Bährs, daß es sich nicht um einen kriminalistischen, sondern zivilistischen Verdacht handele. Dieses Argument ist aber hinfällig. Persönliche Empfindlichkeit ist individuell und gleichgiltig, und sachlich läßt sich erwidern, daß wohl der Offenbarungseid aus §§ 807, 883 Z.P.O. auf dem Verdacht einer Unredlichkeit, nämlich der Beiseiteschaffung der Pfandgegenstände zum Zweck der Benachteiligung des Gläubigers beruht, daß dagegen mit der Voraussetzung zur materiellrechtlichen Eidesleistungspflicht aus § 259 B.G.B. überhaupt kein Verdacht ausgesprochen werden sollte, sondern nur ein Vorwurf, und zwar nicht der der Unredlichkeit, sondern nur der Vorwurf der mangelnden erforderlichen Sorgfalt bei Verzeichnung der Einnahmen; der Vorwurf der mangelnden Sorgfalt ist aber doch so manches Mal im Gesetz zur Voraussetzung von Rechtswirkungen erhoben. Es sollte hiermit dem Berechtigten lediglich ein äußerstes Zwangsmittel in die Hand gegeben werden, um die durch die Geltendmachung der Befugnis, Rechenschaft zu verlangen, nicht erreichte Aufklärung durchzusetzen. Daß ein Verdacht der Unredlichkeit fern liegt, beweist schon der Wortlaut

5) Bähr S. 282.

des § 259, der hiervon nichts sagt. Es geht das aber auch aus einem Vergleich des § 716 Abs. 2 B.G.B. und dem inhaltlich gleichen § 118 Abs. 2 H.G.B. hervor. In diesen Fällen handelt es sich ebenso wie im Falle des § 259 um das Recht auf Aufklärung, wenn auch dort die Form, in welcher dieses Recht geltend gemacht werden kann, sich nicht zu einer Befugnis, förmliche Auskunft oder Rechenschaft zu fordern, steigert. Dort wird allerdings die das Recht beschränkende Vereinbarung aufgehoben, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht. Es wäre auffällig, wenn im Falle des § 259 B.G.B. als Grund für das Verlangen, den Offenbarungseid zu leisten, nicht ganz dieselbe Terminologie gewählt worden sein sollte, falls es überhaupt in der Absicht des Gesetzgebers lag, den Offenbarungseid von dem Beweis unredlicher Geschäftsführung abhängig zu machen.

Bei der Vorschrift, daß Gegenstand der Eidesform nur die in der Rechnung verzeichneten Einnahmen sein sollen, geht das Gesetz von der Erwägung aus, daß der Geschäftsführer schon von selbst dafür sorgen werde, alle seine Ausgaben zu nennen und sie gehörig zu belegen. Das bedeutet entschieden einen Rückfall in die Theorie Bährs und es kommt hierbei zu einseitig der präparatorische Charakter der Rechnungslegung zum Ausdruck. Es überwiegt die Vorstellung, daß die Rechnungslegung in erster Linie die Herausgabe eines Saldos bezweckt, und das Bestreben, die Verpflichtung zur Herausgabe festzustellen, ohne daß dabei auch an das ebenso wichtige noch zu ermittelnde Quantum des Herauszugebenden gedacht ist. Denn herausgegeben werden kann doch nur, was da ist, und ob etwas da ist, läßt sich nur durch die Vergleichung der Einnahmen und Ausgaben [6]) feststellen. Es

6) Hierbei identifizieren wir allerdings Ausgaben mit Auslagen aus Mitteln des Verpflichteten. Aber auch wenn Ausgaben mit Mitteln des Berechtigten gemacht sind, läge es nicht in beiderseitigem Interesse, daß der Rechnungspflichtige bei mangelhafter Rechnungsstellung die erhaltenen Mittel ohne Rücksicht auf Ausgaben zurückerstatten müßte, wie Schollmeyer S. 55 (Note 3) will, sondern auch in diesem Falle müßten die Ausgaben durch den Eid gedeckt werden, um ihre sofortige Abzugsfähigkeit darzutun und so die Rechtslage zu vereinfachen.

ist deshalb m. E. ein Fehler der Gesetzgebung, daß nicht auch verzeichnete Ausgaben beschworen werden müssen. Ein chikanös veranlagter Geschäftsführer kann dem Geschäftsherrn viel Verdruß durch einen unnötigen Prozeß bereiten, wenn er, der doch die Sachlage überschauen kann, bei der Rechnungslegung ein Plus für den Dominus vorspiegelt, indem er zwar sämtliche Einnahmen genau verzeichnet, aber die entstandenen Ausgaben nicht vollständig anführt. Leistet er auf Verlangen des Geschäftsherrn den Eid, der eben nur auf die Einnahmen sich erstreckt, so hat er keinen Meineid geleistet und doch den Geschäftsherrn unter Umständen geschädigt, wenn dieser mit der Leistungshauptklage auf Zahlung des scheinbar feststehenden Saldos durch Vorbringung der Einreden aus den bisher nicht angegebenen Ausgaben abgewiesen wird. Es bleibt zwar dem Geschäftsherrn der Ausweg, daß er durch eine negative Feststellungsklage den Geschäftsführer zur vollständigen Aufzählung seiner Ausgaben nötigt, aber das zwingt ihn doch zu einem weiteren Prozeß, ganz abgesehen davon, daß er durch die Handlungsweise des Geschäftsführers Schaden erleiden kann; eine Verpflichtung des Rechnungsführers zu den Kosten dieses Prozesses würde kaum ein Äquivalent hierfür sein. Die Protokolle II S. 785, die übrigens (in Punkto Einnahmen) auch dem als falsch erkannten Gedanken Raum geben, daß es eine unbillige Zumutung sei, der Geschäftsführer solle die Richtigkeit der Ansprüche, die er gegen den Geschäftsherrn erheben wolle, gewissermaßen mittels eines Kalumniencides beschwören, verweisen freilich den Geschäftsherrn kurzweg auf sein Recht, Schadenersatz zu verlangen; aber wozu die Möglichkeit geben, daß ein Schaden entsteht, und warum nicht gleich dieser Möglichkeit vorbeugen? Bedenken könnte man wohl gegen eine unnötige Erweiterung des Gewissenszwanges haben, jedoch nur dann, wenn das Institut der Rechnungslegung selbst die Garantie dafür böte, daß die Ausgaben vollständig angegeben werden. Die bloße Erwägung aber, daß solches im eigenen Interesse des Geschäftsführers liegt, reicht dafür m. E. nicht aus.

Das Verhältnis der Eidespflicht aus § 259 zu der dort normierten Rechenschaftspflicht charakterisiert sich so, daß ohne eine

gelegte Rechnung der Eid über die Einnahmen nicht verlangt werden kann. Es ist darum gleichzeitige Verurteilung zur Rechnungslegung und zu deren eidlicher Erhärtung ausgeschlossen [7]). Wie Simonson S. 486 a. a. O. richtig hervorhebt, wird in § 254 Z.P.O. die Klage auf Rechnungslegung oder auf Vorlegung des Vermögensverzeichnisses oder auf Leistung des Offenbarungseides in Verbindung mit der Hauptklage auf Herausgabe zugelassen, was aber nicht so zu verstehen ist, daß die Zulässigkeit der Verbindung der vorbereitenden Klagen mit einander ausgesprochen werde, wenn man nicht etwa das „oder" gegen ein „und" setzen wolle. Dagegen ist es mit Hilfe des § 268 Ziffer 2 Z.P.O. durch Erweiterung des Klageantrages, der keine Klageänderung enthält, möglich (Simonson S. 491), nach Legung der Rechnung in dem ursprünglich auf Rechnungslegung und Herausgabe gerichteten Rechtsstreite die Klage auf die nach Meinung des Klägers sich als notwendig herausstellende Eidespflicht auszudehnen. Es wäre widersinnig, wollte man den Kläger nötigen, nach Legung der Rechnung den Rechtsstreit ruhen zu lassen, und in einem neuen, für den möglicherweise eine andere örtliche Zuständigkeit gegeben werde, die Frage der eidlichen Erhärtung der gelegten Rechnung zum Austrage zu bringen, um dann nach günstiger Erledigung und nach Verwirklichung des Urteils den alten Rechtsstreit zwecks Verurteilung zur Herausgabe des nun bestimmt zu Bezeichnenden weiter zu betreiben.

Die Norm des Offenbarungseides aus § 260 B.G.B. lautet dahin, daß der Auskunftspflichtige nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei. Auch dieser Eid bezweckt als äußerstes Mittel, den über den Inbegriff von Gegenständen zur Auskunft Verpflichteten oder denjenigen, der einen solchen Inbegriff herauszugeben hat, zur Ergänzung des bisher unvollständig verzeichneten Bestandes zu veranlassen. Demgemäß setzt er gleichfalls ein schon aufgenommenes

---

7) Simonson, Offenbarungseid bei Rechenschaftspflicht in Busch' Zeitschrift für deutschen Civilprozeß Bd. 34 (1905) S. 483 ff. Vgl. Hans. O.L.G. v. 7. 10. 02 in Hans. G.Z. 1903 Beilage S. 28 (siehe auch „Recht" 1903 S. 152).

Verzeichnis voraus. Die Voraussetzungen für den Eid sind dieselben wie im § 259 B.G.B. Wählt der Gläubiger dieses Mittel, so wird der Schuldner allerdings selbst dann nicht von der Eidespflicht befreit, wenn er sich zum Beweise der Richtigkeit des Verzeichnisses erbietet [8]). Indessen ist dieser Satz doch nur so zu verstehen, daß, wenn der Berechtigte den Verpflichteten zur freiwilligen Ableistung des Eides vor das Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit ladet, dieser sich nicht durch das bloße Vorbringen der Beweismittel für die Richtigkeit des Verzeichnisses solle von der Eidespflicht befreien dürfen. Entweder leistet er ihn dort freiwillig oder er verweigert ihn rundweg. Aber die Frage der Berechtigung der Verweigerung auf Grund des dargebotenen Beweises für die Richtigkeit des Verzeichnisses prüft der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht; er verweist lediglich auf den Prozeßweg.

Es wäre ja auch gänzlich ungerechtfertigt, wenn das bloße Vorbringen angeblicher Gegenbeweise genügen sollte, um die Verweigerung des Eides vor dem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit als begründet erscheinen zu lassen. Wenn dagegen der Verpflichtete, gestützt auf sein angebliches Beweismaterial, dem Verlangen, den Eid freiwillig zu leisten, nicht nachkommt und der Berechtigte ihn auf Ableistung des Eides verklagt, so ist es selbstverständlich dem Auskunfts- oder Herausgabepflichtigen unbenommen, seine Verpflichtung zur Eidesleistung zu bestreiten und gegenüber den Klagetatsachen, aus denen ja die Verpflichtung zur Ableistung des Eides an sich schlüssig hervorgehen muß, solche Tatsachen anzuführen, welche den Klagegrund entkräften. Diesen Gegenbeweis muß der Prozeßrichter anordnen, und je nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme wird er die Klage abweisen oder den Beklagten verurteilen. Die Ausführungen Goldmann-Lilienthals S. 305 und auch von Schollmeyer § 259 Note 6 haben nur Giltigkeit bei einer prozessualen Auseinandersetzung der Parteien über die Verpflichtung zur Eidesleistung.

---

8) Goldmann-Lilienthal S. 305.

Die Vorschriften der §§ 260, 261 B.G.B. sollen beim § 2057, der von der Pflicht eines jeden Miterben handelt, den übrigen Erben auf Verlangen über ausgleichungspflichtige Zuwendungen Auskunft erteilen, entsprechende Anwendung finden. Da § 260 schon an sich hätte angewendet werden müssen, wenn dem zur Auskunft verpflichteten Miterben ein der Ausgleichungspflicht unterliegender Inbegriff von Gegenständen zugewendet worden wäre, so wäre in der Vorschrift des § 2057 keine Besonderheit zu erblicken. § 2057 stellt aber eine Erweiterung des § 260 dar insoweit, als der Miterbe den Eid zu leisten hat zur Bekräftigung der von ihm erteilten Auskunft überhaupt. Demnach lautet die Eidesformel dahin, daß der Miterbe nach bestem Wissen die Auskunft so vollständig erteilt habe, als er dazu imstande sei. Ein Grund für die Annahme, daß die vom beklagten ausgleichungspflichtigen Miterben erteilte Auskunft nicht mit der erforderlichen Sorgfalt abgegeben sei, wird dann vorliegen, wenn er die erteilte mündliche Auskunft nicht schriftlich fixieren will [9]), da der Offenbarungseid notwendig eine schriftliche Unterlage voraussetzt und deshalb im Falle des § 2057 die Auskunft schriftlich zu erfolgen hat.

In § 2028 B.G.B. findet sich eine Wiederholung der Eidesnorm nach § 260 B.G.B. unter selbstverständlicher Beziehung auf die dadurch bedingte Veränderung des Gegenstandes der Auskunftspflicht, nämlich der Angaben über die erbschaftlichen Geschäfte und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände. Auch hier liegt ein zivilrechtlicher klagbarer Anspruch vor, für den gleichfalls die beschränkenden Voraussetzungen des § 260 gelten.

Dagegen mangelt es an einem materiellrechtlichen Anspruch beim Offenbarungseid aus § 2006 Abs. 1 B.G.B., der verordnet, daß dem Erben auf Verlangen eines einzelnen Nachlaßgläubigers der Eid vor dem Nachlaßgericht abgenommen werden soll [10]). Dafür entfallen bei § 2006 die beschränkenden Voraussetzungen

9) Hübner S. 85 Anm. 191.

10) A. M. Planck § 2006 Note 4c und Hübner S. 84. Wie oben Strohal Bd. II S. 224, Dernburg Bd. V S. 491, Staudinger Bd. V S. 227, Friederich S. 17.

des § 260, nämlich der Erheblichkeit der Angelegenheit und der mangelhaften Sorgfalt. Diese sind erst dann wieder zu berücksichtigen, wenn der einzelne Nachlaßgläubiger Grund zu der Annahme zu haben glaubt, daß dem Erben nach der ersten und früheren Eidesleistung weitere Nachlaßgegenstände bekannt geworden sind, und wenn er entsprechend eine Wiederholung der Eidesleistung verlangt; § 2006 Abs. 3 [11]). Den § 260 B.G.B. möchte ich neben dem § 2006 Abs. 1 an sich nicht ausschließen, aber der einzelne Nachlaßgläubiger wird den Weg aus § 260 als ganz unpraktisch verwerfen, weil er ja dessen erschwerende Voraussetzungen nachzuweisen hätte. Für die Klaglosigkeit seines Rechts aus § 2006 entschädigt ihn die als Folge der Weigerung des Erben ausgesprochene unbeschränkte Haftung desselben ihm gegenüber für die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 2006 Abs. 2), eine Folge, die bei der Verweigerung der Eidesleistung aus § 260 selbstverständlich nicht eintritt. Ausschlaggebend für die Entscheidung der Streitfrage ist der Wortlaut des § 2006, der als Folge der Verweigerung des Eides nur die unbeschränkte Haftung gegenüber dem antragstellenden Gläubiger ausspricht, außerdem aber die Erwägung, daß sonst der Erbe auf Verlangen jedes Nachlaßgläubigers zur Leistung des Offenbarungseides durch Klage und Zwangsmittel angehalten werden könne, auch wenn er infolge des § 2005 Abs. 1 bereits allen Nachlaßgläubigern schlechthin unbeschränkt haftet.

Die für § 259 und 260 gemeinsamen Bestimmungen lassen sich dahin zusammenfassen:

Leistungsort ist bei freiwilligem Erbieten zum Eide das Amtsgericht des Ortes, an welchem die Verpflichtung zur Rechnungslegung oder zur Vorlegung des Verzeichnisses zu erfüllen ist. Für den Fall, daß der Verpflichtete seinen Wohnsitz oder seinen Aufenthalt im Inlande hat, enthält S. 261 insofern eine Modifikation, als der Verpflichtete den Eid vor dem Amtsgericht des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsortes leisten kann. Es bedeutet das für ihn eine Erleichterung, die ihm mit Rücksicht darauf gewährt wird, daß er sich freiwillig zur Eidesleistung bereit erklärt

11) Friederich S. 19/20.

hat und dieses lediglich im Interesse des Berechtigten liegt. Hat es der Eidespflichtige zu einer Verurteilung kommen lassen, so muß er den Eid vor dem Prozeßgericht leisten. Aber erst der Verurteilung bedarf es; erbietet sich der Beklagte noch während des Prozesses zur Eidesleistung oder wird der Prozeß auf andere Weise als durch Urteil (z. B. durch Vergleich) erledigt, so ist der Eid vor dem Gericht der freiwilligen Gerichtsbarkeit abzulegen.

Die Kosten der Abnahme des Eides hat nach Bestimmung des § 261 Abs. 3 derjenige zu tragen, welcher die Leistung des Eides verlangt. Liegt nicht hierin ein Widerspruch mit Z.P.O. § 91, wonach der Verurteilte die Kosten des Rechtsstreites auf sich nehmen muß? Die Frage dürfte zu verneinen sein. Ein Widerspruch wäre nur dann vorhanden, wenn § 261 Abs. 3 nicht nur die Kosten der Abnahme des Eides dem Berechtigten auferlegte, sondern überhaupt alle Kosten, die diesem aus der gerichtlichen Verfolgung seines Anspruchs auf Leistung des Eides erwachsen[12]). Aber offensichtlich gehört auch bei prozessualen Auseinandersetzungen die Abnahme des Eides vom verurteilten Leistungspflichtigen nicht mehr zum Prozeßverfahren[13]), denn dieses hat nur zum Gegenstand die Feststellung der Verpflichtung, den Eid zu leisten[14]).

---

12) Daß der Berechtigte im Falle der außergerichtlichen Erledigung auch die Kosten zu tragen hat, welche der Abnahme des Eides vorangehen, z. B. die Kosten für die Ladung vor den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit und Gebühren des Anwalts, den er sich als Rechtsbeistand daselbst angenommen hat, u. s. w., ist selbstverständlich.

13) A. M. Oertmann Erl. 3 zu § 261, der im Falle der Leistung des Eides vor dem Prozeßgericht die Kosten nach den allgemeinen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung dem Schuldner auferlegt.

14) Die Klage ist aber keine Feststellungsklage im technischen Sinne, sondern eine Leistungsklage. Das Wort „Feststellung" wird oben nur in dem Sinne gebraucht, wie jedes Urteil bei einer Leistungsklage deklaratorisch feststellt, daß der durch Klage verfolgte Anspruch zu Recht besteht. Im Fall des § 2006 Abs. 1 geht die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides unmittelbar aus dem Gesetz hervor, und das ist auch notwendig, denn eine richterliche Feststellung der Verpflichtung in dem eben betonten Sinne ist mangels eines entsprechenden Anspruchs ausgeschlossen. Vgl. Friederich S. 18.

Mit Durchführung der Zwangsvollstreckung ist jeder Rechtsstreit beendet. Die Zwangsvollstreckung kann aber, da Inhalt der Leistung eine unvertretbare Handlung ist, natürlich nicht unmittelbar auf deren Vornahme gehen, sondern es wird mittelbar durch Verurteilung zu Geldstrafe oder Haft exekutiert. Die tatsächliche Leistung des Eides nach der Verurteilung hierzu hat nun verschiedene Bedeutung, je nachdem sich der Verpflichtete noch innerhalb des Exekutionsverfahrens zur Leistung entschließt, oder erst dann, wenn die gesetzlichen Zwangsmittel des § 888 Z.P.O. erschöpft sind. Im letzteren Falle, um diesen vorwegzunehmen, ist es klar, daß die Leistung des Eides überhaupt keine Beziehung zu der Zwangsvollstreckung hat, sie geschieht nicht infolge derselben, sondern trotz deren Erfolglosigkeit, oder was dasselbe ist, sie geschieht freiwillig. Dieser Fall ist demnach bezüglich der Kostenfrage genau so zu behandeln, wie wenn der Verpflichtete sich von vornherein zur Eidesleistung bereit erklärt hätte. Im andern Falle gilt dasselbe. Es ist zwar eine Beziehung zu den Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nicht zu leugnen. Aber diese Beziehung besteht nur darin, daß die Eidesleistung die Folge der einzelnen Vollstreckungshandlungen ist und weitere Straffestsetzungen bis zur Erreichung der im § 888 Z.P.O. vorgesehenen Höchstgrenze entbehrlich macht. Da die Zwangsvollstreckung sich in der Festsetzung von Geldstrafen und Verhängung der Haft erschöpft, so bewegt sich die Eidesleistung selbst durchaus außerhalb des Rahmens der Zwangsvollstreckung und ist daher an sich als ein freiwilliger Akt aufzufassen, der nur durch die Art, wie er zustande gekommen ist, als erzwungen gelten [15]) kann. Demnach treffen die Kosten der Abnahme des Eides als eines freiwillig geleisteten in beiden Fällen den Berechtigten; ebenso natürlich auch dann, wenn nach der Rechtskraft des Urteils der Verurteilte

15) Es ist also damit nicht etwa die Erzwingbarkeit der Eidesleistung überhaupt in Frage gestellt. Nur ist freilich dieser Ausdruck insofern ungenau, als niemals die Handlung selbst erzwungen werden kann, sondern nur Mittel denkbar sind, deren Anwendung einen Druck zur Vornahme der Handlung ausübt. Da sie also nur Mittel zum Zweck sind, ist man wohl berechtigt, von der Erzwingung der Handlung selbst zu sprechen.

sich freiwillig zum Schwur erbietet, noch ehe der Kläger die Zwangsvollstreckung beantragt hat.

Über die Kostenlast verbreiten sich auch die Protokolle II S. 791, 792 ausführlich. Sie sagen, nachdem die Kommission beschlossen habe, dem Gläubiger ausnahmsweise einen Anspruch auf Leistung des Offenbarungseides zu geben, unterliege es keinem Zweifel, daß er die Kosten der Abnahme des Eides zu tragen habe. Es sei ihm nur ein besonderes Recht gegeben, sich in einzelnen Fällen über die Richtigkeit der Angaben des Schuldners Gewißheit zu verschaffen. Mache er dieses Recht geltend, so müsse er auch die besonderen aus der Art der Verwirklichung dieses Rechts erwachsenden Kosten tragen. Dieser Grundgedanke ist plausibel, wird aber durch den Hinweis auf das ähnliche Verhältnis, das bei Erteilung einer Quittung an den Schuldner in besonderer Form oder einer öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunde an den Zessionar vorliegen soll, wohl kaum richtig belegt; denn wenn die Protokolle bezüglich dieser Fälle fortfahren, es müsse derjenige, welcher eine im allgemeinen nicht gebotene Form der Erklärung begehre, für die daraus entstehenden Kosten aufkommen, so fragt es sich doch, wo hier das tertium comparationis liegt. Es fehlt das Analogon zu der „im allgemeinen nicht gebotenen Form der Erklärung", und man könnte doch im Zweifel sein, ob nicht gerade deshalb die Kosten auch der Abnahme des Eides dem Beklagten aufzuerlegen seien, weil er den Berechtigten durch seine Weigerung zum Prozeß genötigt habe. Zutreffend ist dagegen der Satz, daß der Inhalt des Urteils nur darauf gehe, der Schuldner solle seinerseits den Eid leisten; die dabei erforderliche Mitwirkung des Gerichts (Abnahme des Eides) müsse der Gläubiger auf seine Kosten herbeiführen. Auch wenn es zur Zwangsvollstreckung komme, bemerken die Protokolle weiter, geschehe die Abnahme des Eides lediglich im Interesse des Gläubigers, welcher um deswillen auch die Kosten der Abnahme zu tragen habe. Beachtenswert erscheint der Hinweis darauf, daß man, wenn man die Kosten der Abnahme des Eides dem verurteilten Beklagten auferlegen wolle, in Verlegenheit sein würde, wie die Gebühr zu bemessen sei, da das Gerichtskostengesetz eine

Gebühr für den hier in Frage stehenden zivilrechtlichen Offenbarungeid nicht enthalte und deswegen eine Verweisung auf die Bestimmungen der Z.P.O. und des G.K.G. nicht genügen würde. Noch stichhaltiger aber als dieser Mangel, der ja jeden Augenblick beseitigt werden könnte, ist die Erwägung, daß beim Festhalten an der entgegengesetzten Auffassung der Gläubiger, um die Kosten der Abnahme des Eides zu ersparen, zum Prozesse geradezu gedrängt werde.

---

§ 5.

Form, Ort und Zeit der Erfüllung.

I. Über keinen der genannten Punkte gibt es direkte Vorschriften. Die Auskunftserteilung ꝛc. kann daher mündlich vor sich gehen, jedoch empfiehlt sich mit der Häufung und Kompliziertheit der Tatsachen und Zahlenposten die Schriftform von selbst im Interesse beider Parteien. Richterlicher Beurteilung unterliegt es alsdann, ob eine nur mündliche Auskunft usw. als ordnungsmäßige Erfüllung gelten kann [1]). Da die Rechnungslegung bei Verwaltungen die Regel ist, in sonstigen Fällen der Verpflichtung zur Rechenschaftsablage aber dann einzutreten hat, wenn die Übersicht über Einnahme- und Ausgabeposten gewahrt werden soll, so bietet sich in solchen Fällen dem richterlichen Ermessen eine leichte Handhabe, d. h. in der Regel wird allerdings die Auskunft nur mündlich erteilt zu werden brauchen, die Rechnung aber niedergeschrieben werden müssen [2]). Wo gar eine Rechenschaft und Rechnungslegung wie der Geschäftsbericht und die Bilanz einer Aktiengesellschaft nicht bloß mitzuteilen, sondern auch *vorzulegen* ist (H.G.B. § 260 Abs. 2)[3]), also die Mitteilung einer körperlichen Versinnbildlichung bedarf, wo sie zur *Einsicht* ausgelegt und auf Verlangen *Abschrift* von ihnen erteilt

---

1) Hübner S. 38 Anm. 179 stellt dem Berechtigten nur frei, das Gehörte selbst schriftlich zu fixieren oder fixieren zu lassen.

2) Für ganz einfache Fälle sieht Isay S. 230 unter Umständen sogar mündliche Rechenschaft als genügend an. Schriftlichkeit verlangt J. W. 01 S. 662.

3) Aus dem jedoch kein Klagerecht erwächst.

werden muß, schließlich die Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern geboten ist, ergibt sich schon hieraus die Schriftform von selbst, auch wenn die zu berichtenden Verhältnisse und Zahlen an sich noch so einfach lägen. Begrifflich ist ferner noch die Schriftlichkeit erforderlich im Falle des § 260 B.G.B. Denn von dem Bestand der Gegenstände, die den Inbegriff ausmachen, ist ein Verzeichnis anzufertigen. Auch die Auskunft aus § 2057 B.G.B. kann, wie wir gesehen haben, nur schriftlich erteilt werden [4]). Belege erfordern selbstverständlich ein körperliches Substrat, allermeist sind es wohl Schriftstücke. Eine besondere Form der Schriftlichkeit bieten die kaufmännisch geführten Handelsbücher.

II. Für den Erfüllungsort gelten die allgemeinen Vorschriften des § 269 B.G.B. Es kann vertraglich ausbedungen werden, wo die Verpflichtung zu erfüllen ist. Mangelt es an einer solchen Abrede, so ist aus der Natur des Schuldverhältnisses nichts zu entnehmen. In der Regel wird also der Ort maßgebend sein, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte. Fragen könnte man da freilich, wenn es sich z. B. um eine Geschäftsführungsauskunft auf Grund eines Mandats handelt und z. Z. des Abschlusses des Mandatsvertrages der Wohnsitz des Beauftragten ein anderer war als zu der Zeit, da er die Geschäftsführung begann, ob dieser letztere maßgebend sei, mit Rücksicht darauf, daß nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht [5]) die Auskunfts- ꝛc. Pflicht sich an den faktischen Beginn der Geschäftsführung knüpft. Maßgebend dürfte aber doch die Erwägung sein, daß das Schuldverhältnis, welches die Auskunft ꝛc. zum Gegenstande hat, nur ein sekundäres und von dem Hauptschuldverhältnis (Auftrag usw.) abhängig ist.

III. Für die Bestimmung des Zeitpunktes der Leistung gilt § 271 B.G.B. Ist demnach eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken. Um aber den Schuldner in Verzug zu setzen, bedarf es

4) Hübner S. 95.

5) Isay, Geschäftsführung S. 23.

der Mahnung durch den Gläubiger. Auch ist zu beachten, daß zwar die besondere Natur der Leistung einen Aufschub nicht rechtfertigt, aber zuweilen bei umfangreicheren Verwaltungen, die größere Kalkulaturen bedingen, nach Treu und Glauben gemäß § 242 B.G.B. dem Schuldner ein modicum tempus zur Bewirkung der Leistung zu gewähren ist[6]). Ohne Einfluß ist § 271 B.G.B. selbstverständlich bei denjenigen Rechenschaftsfällen, welche — und diese sind die meisten — die Rechenschaftspflicht an das Ende der Geschäftsführung verlegen; denn hier bildet die zeitliche Verschiebung ein positives, wenn auch nicht begriffliches Essentiale der Rechenschaft.

---

§ 6.

Die Zwangsvollstreckung.

Bei denjenigen, welche überhaupt die Klagbarkeit der Ansprüche auf Auskunft ꝛc. zulassen, herrscht allgemeine Übereinstimmung, daß die Zwangsvollstreckung auf Grund des § 888 Z.P.O. zu erfolgen hat, da die hierdurch mittelbar zu erzwingende Handlung nicht fungibel ist und ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt. Die Exekution erfolgt in der Weise, daß, wenn der Schuldner nicht freiwillig Auskunft ꝛc. gibt, der Gläubiger beim Prozeßgericht I. Instanz den Antrag stellt, es möge den Schuldner durch Geldstrafen oder Verhängung der Haft zur Vornahme der betreffenden Handlung anhalten. Das Gericht hat, nachdem ihm die Rechtskraft oder vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils nachgewiesen ist, diesem Antrage in der Weise nachzukommen, daß es auf Geldstrafe oder Haft „erkennt". Es wird aber dadurch nicht etwa ein neuer Prozeß bedingt, in welchem der Kläger den verurteilten Beklagten zu laden hätte, sondern es ergeht die Bestimmung der Strafe durch Beschluß. Von dem Antrage des Klägers wird der Beklagte bezw. sein Anwalt dadurch in Kenntnis gesetzt, daß ihm eine Abschrift nebst der Verfügung des Gerichts, wonach er sich binnen bestimmter Frist hierauf zu erklären habe, von Amtswegen zugestellt wird. Falls die Er-

6) Planck Nr. 1 zu § 271.

klärung sich als eine Einwendung darstellt, die den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft, indem der Rechnungsführer behauptet, daß er inzwischen Auskunft erteilt oder Rechnung gelegt habe, so wird praktisch das Gericht im Interesse des Beklagten [1]) die Entschließung des Antragstellers abwarten, ob er nicht nunmehr seinen Antrag zurückziehen wolle. Andernfalls hat es nicht etwa selbst die Einwendungen und die hierauf abgegebene Erklärung des Klägers sachlich zu prüfen, sondern nur in den Gründen seines Beschlusses den Beklagten auf den Weg der Klage gemäß § 767 Z.P.O. zu verweisen.

Die Wahl des Zwangsmittels trifft das Gericht [2]) nach seinem Ermessen nach Lage der Sache. Es kann statt der beantragten Haft eine Geldstrafe festsetzen und umgekehrt. Jedoch ist es nicht befugt, eine uneinziehbare Geldstrafe in Haft umzuwandeln, R.G. Bd. 7 S. 359. Auf die Verurteilung zur Ableistung des Offenbarungseides nach den Vorschriften des Bürgerlichen Rechts findet besonders § 889 Z.P.O. Anwendung, nachdem nötigenfalls die im Urteilstenor etwa fehlende Eidesnorm nachträglich im Vollstreckungserfahren durch Beschluß festgesetzt worden ist. Danach erfolgt die Eidesleistung vor dem Prozeßgericht erster Instanz. Die Abnahme des Eides vollzieht sich nach den Vorschriften der §§ 476—484 Z.P.O. Erscheint der Schuldner in dem zur Eidesleistung bestimmten Termin nicht oder verweigert er die Eidesleistung, so ist nach § 888 Z.P.O. zu verfahren. Ist der Schuldner in Haft genommen, so kann er gemäß § 902 Z.P.O. jederzeit beim Amtsgericht des Haftorts beantragen, ihm den Eid abzunehmen. Es bedarf daher jedenfalls nicht der Bestimmung einer Haftfrist durch das Gericht im Tenor des Beschlusses, deren Zulässigkeit übrigens für die Fälle, in denen es sich um die Erzwingung einer anderen nicht fungiblen Leistung als Auskunft

1) Ein gesetzlicher Zwang hierzu besteht nicht. Es ist Sache des Verurteilten, der diesen Einwand erhebt, nun auch die Einstellung der Zwangsvollstreckung gemäß § 769 Z.P.O. herbeizuführen. Vgl. Beschluß d. O.L.G. Marienwerder vom 17. 5. 02 in Busch's Ztschr. f. Deutschen Zivilprozeß Bd. 19 (1894) S. 310.

2) Nicht der Kläger. Gegen Mißgriffe hat er die sofortige Beschwerde § 793 Z.P.O. Meyer Anleitung zur Prozeßpraxis 1902 S. 329.

usw. handelt, bestritten ist. Vgl. Meyer a. a. O. S. 330. Dagegen wird man, wenn auch die §§ 888, 889 Z.P.O. nichts davon erwähnen, für zulässig erachten müssen, daß das Gericht in dem Beschlusse eine angemessene Frist zur Erfüllung setzt. Meyer a. a. O.; Dernburg, Bürgerliches Recht S. 90 Nr. 3. Der unten zitierte Beschluß des O.L.G. Marienwerder erklärt das allerdings für durch nichts gerechtfertigt.

---

§ 7.

Obligierende Wirkungen der Rechnungslegung.

I. Wir knüpfen unsere Erörterungen an den Schluß des § 3, der von der Unvollständigkeit der Rechnung und deren Ergänzung, also von der Erfüllung der Rechnungslegungsobligation als solcher handelt, an. Ist eine Rechnung gelegt und gehörig mit Belegen versehen, nötigenfalls die quantitative und qualitative Vervollständigung der Rechnung durch eidliche Angabe der Einnahmen erzwungen, so ist die präparatorische Maßnahme der Ermittlung des Saldos, die Geltendmachung des Rechnungslegungsanspruchs zu Ende, die Obligation durch Erfüllung erloschen. Nunmehr tritt, was gar nicht in den Bereich der Rechnungslegung als solcher gehört, an den Geschäftsherrn die Frage heran, ob die Rechnung auch inhaltlich richtig sei, und hierbei kommen auch die etwa erbrachten Belege als Beweismittel zur Geltung. Die Anstände, die der Geschäftsherr jetzt macht, sind nur quantitativ, d. h. sie wenden sich gegen die Höhe des vom Geschäftsführer angegebenen Fazit [1]). Aber zwei Arten sind denkbar; die eine bemängelt Rechenfehler (errores in calculo), wie sie hauptsächlich durch falsche Addition der Zahlenkolumnen auf der Debet- und Kreditseite entstehen, aber auch durch falsche Multiplikation innerhalb eines Postens, z. B. wenn gerechnet ist: 2 Ellen Band à 5 Pf. = 15 Pf. Die andere richtet sich gegen das Ergebnis als Ganzes,

1) Sind Vereinbarungen über den Rechnungsabschluß getroffen, so richtet sich nach diesen, ob und inwieweit eine Anfechtung wegen error in calculo, Irrtums, Betruges usw. statthaft ist oder nicht. Trettel S. 58/59.

sei es, daß ein Einnahmeposten ganz fehlt [2]) oder zu gering bemessen ist, oder ein Ausgabeposten entweder fortgelassen oder zu hoch gegriffen ist. Die letztere Art kommt auch dann in Frage, wenn der Rechnungsherr schon vor seiner Entscheidung über die Abnahmefähigkeit der Rechnung die Unrichtigkeit der jetzt bemängelten Posten oder ihr Fehlen gekannt haben sollte und es nicht vorgezogen hatte, im Wege der Erinnerung (Monitur) die Abänderung der zur Abnahme übermittelten Rechnung herbeizuführen. Allerdings kann dann der Rechnungsleger dieses Verhalten als Indicium gegen den Geschäftsherrn dazu verwerten, daß er durch unangefochtene Aufnahme und Duldung der jetzt bemängelten Posten in der Rechnung deren Richtigkeit nicht habe widersprechen wollen.

Auch der Geschäftsführer kann nachträglich die Richtigkeit der von ihm gelegten und vom Geschäftsherrn abgenommenen Rechnung anzweifeln, indem er zu seinen Ungunsten vorgekommene Rechenfehler verbessert wissen will oder unter Beweis stellt, daß er diese oder jene Ausgaben tatsächlich nicht gemacht habe, andere dagegen gar nicht aufgeführt seien, oder von vergessenen Einnahmen spricht, und zwar wieder unvorgreiflich der Glaubwürdigkeit seiner der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegenden Behauptungen und der Beweiskraft der etwa neu erbrachten Belege, falls die nach Rechnungsabnahme von ihm angemeldeten Bemängelungen auch schon vor derselben hätten geltend gemacht werden können. Prozessual kann er als Kläger den Rechnungsherrn auf Zahlung des zu seinen Gunsten sich ergebenden Saldos verklagen oder als Beklagter gegen den vom Rechnungsherrn beanspruchten ursprünglich abgenommenen Saldo seine Forderung aufrechnen, oder wegen dieser Widerklage erheben.

Die R.Z.P.O. kennt im 4. Titel des zweiten Buches §§ 348 ff. ein vorbereitendes Verfahren in Rechnungssachen, Auseinandersetzungen und ähnlichen Prozessen, das, soweit es hier interessiert, nur die Richtigkeit einer Rechnung betrifft. Es setzt einen bereits anhängigen Prozeß des Rechnungsherrn gegen den

2) Insoweit gibt es auch eine Ergänzung der Rechnung; aber, was wohl zu beachten ist, erst nach Abnahme der Rechnung.

Rechnungsführer oder umgekehrt voraus, und zwar vor einem Kollegialgericht, da es vor einem beauftragten Richter stattfindet. Die Anordnung dieses Verfahrens ist nicht obligatorisch, sondern dem Ermessen des Prozeßgerichts anheimgestellt („kann"), wenn eine erhebliche Zahl [3]) von streitigen Ansprüchen oder streitigen Erinnerungen gegen eine Rechnung sich herausstellt. Seiner Natur nach ist es ein schriftliches Beweisverfahren und fixiert endgültig das gesamte tatsächliche Streitmaterial, indem es in den in einem Protokoll niederzulegenden Feststellungen gipfelt (Z.P.O. § 350):

1. welche Ansprüche erhoben und welche Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend gemacht werden,
2. welche Ansprüche und welche Angriffs- und Verteidigungsmittel streitig oder unstreitig sind,
3. des Sachverhältnisses (in Ansehung der bestrittenen Ansprüche und der bestrittenen Angriffs- und Verteidigungsmittel) nebst den von den Parteien bezeichneten Beweismitteln, den geltend gemachten Beweiseinreden und abgegebenen Erklärungen über Beweismittel und Beweiseinreden und den gestellten Ansprüchen.

Dies ist das Defekturverfahren des Gemeinen Rechts, da es sich um die Richtigkeit der gelegten und abgenommenen Rechnung handelt [4]). Es wäre jedoch mißverständlich, wenn man nur mit dieser gesetzlichen Modifikation heute noch von einem Defekturverfahren sprechen wollte. Ein solches ist natürlich auch in einem Amtsgerichtsprozeß denkbar und auch da, wo keine erhebliche Zahl von Ausstellungen gemacht ist. Vorausgesetzt ist immer nur, daß Angriffe auf die Richtigkeit einer abgeschlossenen Rechnung durch besondere Prozesse des Rechnungsherrn oder Rechnungsführers erfolgen. Nur darf man dann nicht von einer in prozessualer Hinsicht besonderen Verfahrensart sprechen.

---

3) Das ist Tatfrage.

4) Bähr S. 268: Das Defekturverfahren nimmt die abgelegte Rechnung als vollendete Tatsache zur Grundlage, ficht aber deren Ergebnis mittels selbständiger neuer Behauptungen oder Ableugnungen an. Siehe auch S. 285 a. a. O.

II. Wir unterstellen, daß der Rechnungsherr an der Richtigkeit der gelegten und abgenommenen Rechnung nichts auszusetzen habe[5]). Es erhebt sich die Frage, ob die Feststellung eines Saldos oder die Aufnahme eines Postens in die Rechnung und deren unwidersprochene Duldung darin eine obligierende Wirkung hat, d. h. ob ein Vertrag zwischen Rechnungsherrn und Rechnungsführer zustandekommt, durch den die Richtigkeit des Saldos bezw. jedes einzelnen Postens für sich anerkannt wird. Eine Novation tritt jedoch nicht ein und ein positiver Anerkennungsvertrag im Sinne des § 780 B.G.B. (eine Leistung wird in der Weise versprochen, daß das Versprechen die Verpflichtung selbstständig begründen soll) kommt nicht zustande[6]). Anderer Ansicht ist Bähr[7]). Er führt aus: Die Einzeichnung eines Postens als Einnahme in die Rechnung könne, solange der Rechnungssucher dieselbe in Händen behalte, keine Obligation begründen. Lege er aber Rechnung ab, so verpflichte er sich formell auf die berechneten Einnahmeposten; durch die Rechnungsstellung über diese werde ein Anerkenntnisvertrag begründet. Ein weiterer solcher komme zustande durch die Verzeichnung der Ausgaben und die Annahme der hierin liegenden Offerte zu einem Anerkenntnisvertrage. Einnahmen und Ausgaben aber dürfe der Geschäftsherr verschieden behandeln, erstere annehmen, letztere ablehnen, denn die Verzeichnung der Einnahmen habe nicht die Natur einer freien Proposition, sondern geschehe in Erfüllung einer Verpflichtung, und diese sei unabhängig davon, ob der Geschäftsherr die Ausgabeposten anerkenne. Folglich könne die Erfüllung dieser Verpflichtung auch unabhängig hiervon akzeptiert werden.

Die Lehre Bährs ist auch hier konsequent ausgebildet, führt aber in ihrer scharfen Trennung von Einnahmen und Ausgaben zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen. Die bloße Tatsache der Erfüllung der Verpflichtung zur Angabe der Einnahmen rechtfertigt nicht die für Bähr selbstverständliche Annahme, daß hierin das Angebot eines Anerkennungsvertrages bezüglich des

5) Auch der Rechnungsführer hat die Richtigkeit nicht bemängelt.
6) Vgl. Treitel S. 52/53.
7) Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 248/249.

Saldos liege. Ebenso wenig darf man in der Abnahme der angegebenen Einnahmen durch den Rechnungsherrn, d. h. in ihrer vorbehaltlosen Einstellung in die Rechnung, die Akzeptierung einer derartigen Offerte erblicken. Dazu gehört der entsprechende Wille der Parteien; indessen dürfte der Geschäftsführer nicht geneigt sein, eine Offerte bezüglich der Einnahmen allein abzugeben und einen neuen selbständigen Verpflichtungsgrund für sich zu schaffen, ohne daß er zugleich die Summe seiner Ausgaben in Betracht zieht. Wenn er aus dem Rechnungsabschluß als zur Zahlung Verpflichteter hervorgeht, hat er an der selbständigen rechtlichen Begründung der Forderung des Geschäftsherrn überhaupt kein Interesse. Dagegen hat es der Geschäftsherr, und er darf ja auch einer Saldoforderung die einheitliche Gesamtrechnung zugrunde legen, indem er sagt: „Du warst mir zur Rechnungslegung verpflichtet. Aus der von Dir gelegten Rechnung geht hervor, daß du mir 100 schuldest, also zahle mir 100", und er braucht nicht die 100 in den einzelnen Posten zu spezialisieren, was doch gerade dem Wesen und Zweck der Rechnungslegung widerspräche. Aber die einheitliche Basis, in der übrigens nicht etwa eine neue Rechtsgrundlage für die einzelnen Posten zu sehen ist, aus denen der Saldo hervorgeht, nützt ihm nichts, wenn der Gegner das Ergebnis der Rechnung durch Angriffe auf die einzelnen Posten anficht; dann sieht sich der Geschäftsherr zu seiner Verteidigung doch genötigt, auf diese einzelnen Posten einzugehen. Gegenstand des Prozesses ist aber immer nur die Rechnung als solche, nicht der Einzelposten, durch den die Rechnung defektiert werden soll. Die vom R.G. Bd. 14 S. 253 behandelte Frage: „Steht dem Geschäftsführer die Befugnis zu, einen einzelnen Posten aus der von dem Geschäftsherrn anerkannten Rechnung als irrig anzufechten und gleichzeitig den letzteren im übrigen bei seinem Anerkenntnis festzuhalten?" kommt hier nicht in Betracht, denn sie setzt gerade als feststehend voraus, was erst noch zu erweisen ist, daß nämlich in der Abnahme der Rechnung zugleich ein Anerkenntnis derselben enthalten sei[8]). Wenn dem Ge-

8) Sie würde nur dann in Betracht kommen, wenn eben der Fall vorliegen sollte, daß mit Einreichung der Rechnung der Geschäftsherr

schäftsherrn daran gelegen ist, von dem Geschäftsführer ein Anerkenntnis seiner durch die Rechnung ermittelten Schuld zu erlangen, so muß er ihm solches besonders antragen und der Rechnungsführer ihm dies besonders bewilligen. Nur selten wird man aus den Umständen ein stillschweigendes wirkliches Anerkenntnis entnehmen können [9]).

Umgekehrt hat der zahlungspflichtige Geschäftsherr ein Interesse, den Rechnungsherrn dazu verpflichtet zu sehen, daß er ihn nach Abnahme der Rechnung nicht mit der Behauptung behelligt, es seien noch mehr Einnahmeposten in die Rechnung einzustellen. Ein negatives Schuldanerkenntnis nach § 397 Abs. 2 B.G.B., d. i. ein Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, durch den jener anerkennt, daß das Schuldverhältnis, die Rechnungslegungspflicht, nicht bestehe (womit es erlischt), bringt den Schuldner der Erfüllung seines Wunsches schon näher [10]). Aber

deren Richtigkeit wirklich positiv anerkennt (§ 781 B.G.B.) mit dem Willen, sich hierauf festzulegen, und daß er sie nicht bloß zwecks Erfüllung der Rechnungslegungspflicht abgenommen, sondern auch ein übriges getan hat. Alsdann ist aber die vom Reichsgericht ausgesprochene absolute Verneinung der Frage aus den von Klewitz S. 31 Anm. 2 angegebenen Gründen unrichtig, insbesondere ist nicht recht verständlich, was das R.G. unter „gleichstehenden" Contrahenten versteht, zwischen denen es die Einzelanfechtung zulassen will.

9) Über den Einfluß der Anerkennung des Saldos auf die Verpflichtung des Kommissionärs zur Edition der auf das einzelne Geschäft sich beziehenden Urkunden vgl. R.G. Bd. 21 S. 83.

10) Unter Umständen kann in der Erteilung von Quittungen über die einzelnen Posten durch den Geschäftsherrn und in der Annahme dieser Quittungen durch den Geschäftsführer der Abschluß eines negativen Schuldanerkenntnisvertrages erblickt werden. Für die Regel ist das aber nicht der Fall. Planck Nr. 13 § 397. Auch wenn gemäß § 368 B.G.B. Quittung erteilt ist über die Erfüllung der Rechnungslegungspflicht, so erhellt daraus nur die Abnahme der Rechnung, keineswegs ist aber darin die Anerkennung der Richtigkeit der Rechnungslegung einbegriffen. Vgl. Staudinger Bd. IV zu § 1892 und Thurow im „Recht" 1904 S. 356. Anderer Ansicht Endemann S. 678 Anm. 12, nach welchem dem Bedürfnis des Rechnungslegers, entlastet zu werden, der allgemeine Anspruch auf Erteilung einer Quittung genügt, die nicht nur eine Feststellung, sondern auch ein abstrakt und schuldtilgend wirkendes Anerkenntnis enthalte.

mit Recht weist Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2 S. 93 darauf hin, daß der Nachweis von noch bestehenden Verbindlichkeiten die Anerkennung des Nichtbestehens gemäß § 814 B.G.B. entkräften könne.

Ferner steht es dem Rechnungsleger frei, eine negative Feststellungsklage gegen den Geschäftsherrn zu erheben mit dem Antrage, festzustellen, daß dem Beklagten weitere Ansprüche aus dem zur Rechnungslegung verpflichtenden Verhältnis als die in der Rechnung verzeichneten nicht zustehen. Der Kläger hat nur die Begründung des Rechtsverhältnisses und die prozessuale Voraussetzung des rechtlichen Interesses an dessen alsbaldiger Feststellung zu erweisen, letzteres ist aber nach Ansicht der Motive Bd. 4 S. 1189 wenigstens bezüglich der Schlußrechnung des Vormunds stets als vorhanden anzunehmen. Durch die negative Feststellungsklage nötigt der Rechnungsführer den beklagten Geschäftsherrn, zu seiner Verteidigung mit etwaigen weiteren Ansprüchen hervorzutreten und sie zu beweisen. Dringt der Kläger durch, so ist nach Rechtskraft des Urteils (§ 322 Abs. 1 Z.P.O.) die Geltendmachung weiterer Ansprüche durch den Geschäftsherrn, die ihm bisher unbekannt geblieben waren, im Defekturverfahren ausgeschlossen [11]). Gelingt es aber dem Beklagten, seine Mehrforderungen zu beweisen, so wird nicht nur die negative Feststellungsklage als sachlich unbegründet abgewiesen, sondern die rechtskräftige Abweisung wirkt auch als Feststellung des vom Kläger (Rechnungssteller) verneinten Rechtsverhältnisses. R.G. Bd. 29 S. 346. Es wird also damit zugleich die Verpflichtung des Rechnungsstellers festgestellt, den nach Maßgabe der bewiesenen Mehransprüche zu berechnenden höheren Saldo an den Geschäftsherrn zu zahlen.

Ein weit wirksameres Mittel jedoch liegt in der Decharge oder Entlastungserklärung. Sie ist vor allem nicht mit dem negativen Schuldanerkenntnis zu identifizieren, Dernburg a. a. O. Den stärksten Schutz bietet sie dem Geschäftsführer deshalb, weil sie nach der wohl allgemein anerkannten Lehre Dern-

11) Es bleibt ihm gegen den Rechnungssteller nur der Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung.

burgs (a. a. O.) einen Verzicht des Rechnungsherrn auf weitere Ansprüche bildet [12]), genauer gesagt, auf den Anspruch, durch den Nachweis weiterer Einzelforderungen von dem Geschäftsführer die Berichtigung der bisher gelegten und abgenommenen Rechnung zu verlangen. Indessen tritt diese Wirkung nur ein, wenn die Entlastung freiwillig gewährt wird, aber zu weit geht es — und hier treten wir zu der herrschenden Lehre in Widerspruch — die Decharge im Wege der Klage erzwingen zu wollen [13]). Denn da die Decharge einen Verzicht darstellt, dieser aber ein Vertrag ist, der durch Verzichterklärung und deren Annahme zustande kommt, und zwar ein Erlaßvertrag nach § 397 Abs. 1 B.G.B., so würde mit der Zulässigkeit der Klage auf Entlastung ein Kontrahierungszwang ausgesprochen sein, wie er in dieser Allgemeinheit doch wohl nicht anerkannt werden dürfte. Nur das wird man als statthaft erachten können, daß, wenn eine Entlastungserklärung ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben worden ist [14]), der Geschäftsführer auf Feststellung hier-

12) Wie Dernburg auch Oertmann zu § 259.

13) Im Resultat übereinstimmend Staudinger und Thurow a. a. O.; Rechtsspr. O.L.G. Bd. 1 S. 313; Seufferts Archiv Bd. 59 Nr. 234.

14) Und auch angenommen ist. In der Auslegung der Umstände wird der Richter nicht engherzig sein und vor allem nicht eine ausdrückliche Entlastungserklärung fordern dürfen. Insbesondere kann er den darin liegenden einseitigen Verzicht dann annehmen, wenn bei Mitteilung der Rechnung der Rechnungsleger den Wunsch kundgab, der Geschäftsherr möge ihn nun auch entlasten, und dieser nach Durchsicht und Prüfung der Rechnung stillschweigend den für ihn berechneten Saldo in Empfang nahm. In diesem Falle wäre man wohl berechtigt zu sagen, daß Treu und Glauben es geboten, daß der Geschäftsherr sich bei Empfangnahme der Zahlung auf den Wunsch äußerte, wenn er einen Vorbehalt machen wollte. Andererseits wird ein Geschäftsherr nicht geneigt sein, eine Entlastungserklärung auszusprechen, wenn der Geschäftsführer nur eine oberflächliche Rechnung abgelegt hatte und wenn er sich womöglich auf quantitative und qualitative Ergänzung der Rechnung oder gar auf Ableistung des Offenbarungseides hatte verklagen lassen; geht in einem solchen Falle der Rechnungsherr stillschweigend über den Wunsch des Rechnungslegers entlastet zu werden, hinweg oder verneint er ausdrücklich seine Geneigtheit zum Verzicht auf etwaige weitere Ansprüche, so wird sich der Rechnungsteller darüber nicht beklagen dürfen, denn es kann von dem anderen unter solchen Umständen die Decharge nicht erwartet

auf klagt; alsdann dürfte der Rechnungsherr mit dem unter Beweis gestellten Einwand, er könne die von ihm selbst abgenommene Rechnung defektieren, nicht gehört werden, da ja gerade die vertragsmäßige Entlastung die nachträgliche Berufung auf Mängel der Richtigkeit der Rechnung ausschließen soll. Hat umgekehrt zuerst der Geschäftsherr das Defekturverfahren eingeleitet, so kann der Rechnungssteller ihm den Einwand der geschehenen Entlastung entgegenhalten oder die Feststellungswiderklage erheben. Im übrigen wird er dem Bestreben des Geschäftsherrn, die Rechnung zu defektieren, nicht nur erst dann erfolgreich begegnen, wenn dieser die nachträglich vorgebrachten Ansprüche, deren Aufnahme in die Rechnung er verlangt, schon vor Abnahme der Rechnung gekannt hat, sondern auch dann, wenn sie ihm bis dahin unbekannt geblieben waren, denn der in der Decharge liegende Verzicht umfaßt beide Arten von Ansprüchen. Aus dieser Unkenntnis also kann der klagende Geschäftsherr nicht etwa eine Replik gegen den Einwand der von ihm selbst erteilten Decharge herleiten, es müßte denn sein, daß die Parteien die Entlastungserklärung ausdrücklich oder stillschweigend erkennbar auf den Sinn beschränkt wissen wollten, daß von ihr nur die dem Rechnungsherrn vor Abnahme der Rechnung bereits bekannten, dort nicht verzeichneten Neuansprüche betroffen werden sollten.

Nach Dernburg a. a. O. liegt das Recht, auf Abgabe der Entlastungserklärung zu klagen, in der Verkehrssitte begründet, und ist es als ein Verstoß wider Treu und Glauben aufzufassen, wenn der Rechnungsherr die Decharge verweigern wollte [15]).

werden. Das Resultat ist also: der Rechnungssteller darf eine Entlastung behaupten, wenn sie tatsächlich erteilt ist, er darf sie aber nicht fordern.

15) Es ist auffällig, daß Dernburg a. a. O. S. 92 zunächst allgemein sagt, bei Verweigerung der Entlastung könne der Rechnungssteller auf Feststellung klagen, einige Zeilen später aber erklärt, unzweifelhaft könne der Vorstand ein eingetragenen Genossenschaft bei Nichtgewährung der Entlastung auf solche klagen. Auf welche Feststellung soll denn nun die Klage gerichtet sein, auf Feststellung der Verpflichtung, Entlastung zu erteilen, oder auf die Feststellung, daß dem Rechnungsherrn keine Ansprüche als die in der Rechnung genannten gegen den Kläger zustehen? S. 93 heißt es wieder, der Vormund müsse die Entlastung durch Feststellungsklage herbeiführen.

Jedoch kann man nur die Tatsache anerkennen, daß unter normalen Verhältnissen fast durchweg der Abnahme der Rechnung auch die Entlastung folgt oder beides durch eine Handlung vorgenommen wird [16]). Vergegenwärtigt man sich, daß nach Art des Rechtsverhältnisses, aus dem die Verpflichtung auf Rechnungslegung hergeleitet wird, der Rechnungsherr so gut wie gar nicht jemals in der Lage sein wird, neue Ansprüche zu bezeichnen, deren Aufnahme in die Rechnung er durch Defektur verlangen könnte; berücksichtigt man ferner, daß er bei schon bekannt gewesenen Ansprüchen die faktische Vermutung gegen sich gelten lassen muß, er wolle infolge der trotz der Kenntnis erfolgten Abnahme die Einstellung jener bekannten Ansprüche nicht verlangen; zieht man schließlich auch in Betracht, daß ihn die Beweislast für die Existenz aller Ansprüche trifft, mit denen er die Rechnung defektieren will, so ist dem Argument der Gegner, welche es als mißlich hinstellen, daß der Rechnungsführer die ganze Verjährungszeit hindurch auf ein Defekturverfahren gefaßt sein müsse, keine allzu schwer wiegende Bedeutung beizumessen. Der beste Schutz des Rechnungsstellers bleibt seine eigene Gewissenhaftigkeit und die Beweislast des Rechnungsherrn. Es ist nicht zu leugnen, daß das Verlangen nach Decharge vom Rechnungsherrn die Begebung von Rechten ohne entsprechende Einbuße auf Seiten des Rechnungsstellers fordert. Aber man vermag nicht einzusehen, mit welchem Recht der Rechnungssteller eine günstigere Rechtsposition gegenüber dem Rechnungsherrn zu dessen Nachteil solle beanspruchen dürfen. Das wäre eine schlechte Rechtspolitik, welche die „Unbilligkeit" auf der einen Seite nur durch Entziehung der günstigen Rechtslage auf der anderen Seite heben möchte, wie Thurow a. a. O. de lege ferenda (für die Entlastung des Vormunds) vorschlägt. Diese „günstige Rechtslage" ist nichts anderes als das gute Recht des Geschäftsherrn, nachträglich Ansprüche geltend zu machen, wobei er ja genügend mit der oben besprochenen faktischen Vermutung und der

16) Es bedarf aber stets genauer Prüfung, ob in dieser einen Handlung auch das Moment der Entlastung enthalten ist und nicht vielmehr ein Vorbehalt sich ergiebt.

Beweislast beschwert ist, während über eine „Unbilligkeit" sich nur derjenige Rechnungssteller beklagen wird, der kein reines Gewissen hat. Gegen die Verstrickung in unnötige Prozesse aber helfen die besten Maßnahmen nichts, davor kann sich niemand schützen. Wenn Thurow darauf hinweisen zu müssen glaubt, daß ein Vormund 30 Jahre lang der Möglichkeit unterworfen sei, von dem Mündel wegen seiner Verwaltung angegriffen und auf eine zureichende Erklärung dieser oder jener Verwaltungsmaßregeln, z. B. einer Kapitalsanlage, belangt zu werden, so sei bemerkt, daß es sich bei der Entlastung nicht um Rechenschaft i. e. S., sondern um die spezielle Schlußrechnung handelt, und zwar nur um die Richtigkeit der Ansätze derselben. Aber auch dann, wenn diese angezweifelt wird und der Geschäftsherr mit neuen Ansprüchen hervortritt, so steht diesem, der die Beweislast hat, das prozessuale Hilfsmittel der Sicherung des Beweises gemäß § 485 ff. Z.P.O. unter den daselbst angegebenen Voraussetzungen zu Gebote, wobei er nur darauf zu achten hat, daß ihm die Beweismittel nicht verloren gehen oder die Benutzung derselben erschwert wird, damit er den Grund, welcher die Besorgnis des Verlustes oder der Erschwerung rechtfertigt, nach § 487 Ziff. 4 Z.P.O. glaubhaft machen kann.

Die preußische Vormundschaftsordnung von 1875 § 69 Abs. 2 verpflichtete den bisherigen Mündel, dem Vormund über die treu und richtig geführte Verwaltung des Mündelvermögens (Quittung und) Entlastung zu erteilen. Im B.G.B. § 1892 ist diese Bestimmung fortgefallen, wie die Motive Bd. IV S. 1189 sekundär sagen, weil es bedenklich sei, „den Mündel zu zwingen, im Wege des Rechtsgeschäfts einer ihm günstigen Rechtsposition sich zu begeben, ohne daß er vielleicht zur Zeit über alle Punkte der Verwaltung des Vormunds genügend instruiert ist". Daraus könnte man vielleicht mißverständlich entnehmen, als solle der Mündel nur vorläufig vor Übereilung geschützt werden, prinzipiell aber werde die Verpflichtung zur Entlastung anerkannt. Indessen sprechen doch die Motive an erster Stelle es ausdrücklich aus, daß die Verpflichtung aus § 69 Abs. 2 des preußischen Gesetzes deshalb fortgefallen sei, weil man es für entbehrlich er-

achtet habe, dem Vormund ein Mittel in die Hand zu geben, die gegenseitigen Ansprüche aus der vormundschaftlichen Verwaltung einer baldigen Erledigung entgegenzuführen, und ihn vor der Gefahr zu schützen, die ganze Verjährungszeit hindurch mit solchen Ansprüchen des Mündels verfolgt zu werden, weil vielmehr die Feststellungsklage ein ausreichendes Schutzmittel sei[17]).

Die Entlastung erwähnen ausdrücklich die §§ 248 Abs. 2[18]), 252 Abs. 2, 260 H.G.B., sowie § 47 des Gesetzes vom 20. April 1892 betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (in der Neufassung vom 20. Mai 1898). Staub gibt den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern einer Aktiengesellschaft wegen verweigerter Entlastung ein Klagerecht, und zwar gegen die Gesellschaft[19]).

---

17) Die Klagbarkeit der Entlastung des Vormunds vertritt außer Dernburg z. B. Opet-Blume Nr. 6 zu § 1892, der übrigens die Anerkennung der Richtigkeit der vorgelegten Rechnung nur als Teil der Entlastung ansieht, ohne zu sagen, worin der andere Teil besteht. Sollte damit die Rechenschaft gemeint sein, wie auch Thurow annimmt? Wenn der Verwaltungsbericht gleichfalls zu entlasten ist und der Mündel sich nicht damit einverstanden erklärt (nach Abnahme), so würde diesem der Beweis für die Unrichtigkeit der vom Vormund getroffenen Verwaltungsmaßnahmen obliegen, nicht, wie Thurow meint, dem Vormund der Beweis für die Richtigkeit. Ferner entscheidet sich für die Klagbarkeit, obwohl eine Entlastungspflicht gesetzlich nicht normiert sei, Isay S. 132; nach ihm ist das Interesse des Dominus, sich nicht sofort bindend erklären zu müssen, allgemein, nicht nur beim Mündel gegeben und dieses Interesse bedingt lediglich eine angemessene Frist zur Abgabe der Entlastungserklärung. Isay läßt aber die sonstigen Bemerkungen der Motive unberücksichtigt.

18) Scheiden aus dem Vorstand einer Aktiengesellschaft Mitglieder aus, so können sie nicht vor der Entlastung in den Aufsichtsrat gewählt werden. Die Entlastung mag so manches Mal verweigert werden, um den Eintritt eines unbequemen Aufsichtsratsmitgliedes zu verhindern, ein Motiv, das natürlich auf die rechtliche Seite der Sache gar keinen Einfluß hat.

19) 6. u. 7. Aufl. Anm. 8 zu § 260 H.G.B. In seinem Kommentar zum Gesetz von 1892 Anm. 11 § 47 des Gesetzes schreibt Staub, daß die Schlußrechnung den Gesellschaftern, d. h. den Gesellschaftern als Beschlußorgan vorzulegen sei, weil sie die Entlastung zu bewirken

§ 8.

Vererblichkeit.

I. Im Hinblick auf den Universalübergang der Berechtigung ist die aktive Vererblichkeit gewöhnlich als unbedenklicher Rechtssatz hingestellt[1]). Jedoch so selbstverständlich, wie Klewitz[2]) sie annimmt, will sie mir nicht erscheinen. Sicher ist vielmehr nur, daß kraft der Universalsukzession der Hauptanspruch als selbstverständlich übergeht. Geht man nämlich davon aus, daß die hier fraglichen Ansprüche einer Person um deswillen gewährt werden, weil sie mit gewissen Verhältnissen nicht Bescheid weiß, so kann es sehr wohl der Fall sein, daß der Erbe informiert war, der Erblasser aber nicht. Man denke z. B. den Fall, daß ein Beauftragter A dem B einige Mitteilungen über den Stand des ihm von C aufgetragenen Geschäfts gemacht hat, nicht aber dem C, und B Erbe des Auftraggebers C wird. Läßt man hier den Erben sich zur Begründung seines Klagerechts auf das Prinzip der Universalsukzession stützen, wonach er „in personam defuncti succedit", so wäre das doch wohl nur eine ge-

---

hätten; denn wer die Entlastung zu bewirken habe, habe auch das Recht auf Ueberreichung der Schlußrechnung. Will er daraus folgern, daß die Klage auf Entlastung gegen die Gesellschafter als Beschlußorgan der Gesellschaft m. b. H. zu richten sei? Man wird aber, unterstellt man einmal die Klagbarkeit der Entlastung, annehmen müssen, daß Staub, ebenso wie er dem Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft das Klagerecht gegen die Gesellschaft gibt, obwohl nach § 260 B.G.B. deren Organ, die Generalversammlung, zum Empfang der Rechenschaft und daher nach Staub's Ansicht auch zur Decharge gesetzlich berechtigt ist, auch bei einer Gesellschaft m. b. H. das Klagerecht gegen die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit, nicht gegen ein einzelnes Organ derselben geben würde.

1) D. J. Z. 1901 Nr. 6 S. 144 erwähnt einen Fall, in welchem die aktive Vererblichkeit des Anspruchs des Erben gegen die Hausgenossen des Erblassers (B.G.B. § 2028) in Zweifel gezogen wurde. Das Urteil entschied sich dafür mit Rücksicht darauf, daß der Anspruch als ein die Erbschafts- oder Erbteilungsklage vorbereitender Anspruch vermögensrechtlicher Natur anzusehen sei. Bayr. Oberstes Landesgericht v. 19. 7. 00.

2) S. 40 Anm. 2.

künstelte Fiktion, weil sie die Nichtkenntnis des Erben ohne Not fingieren muß. Ohne Fiktion jedoch ergibt sich der Anspruch des Erben selbständig und unabhängig von der Person des Erblassers aus folgender Erwägung, die der Natur des hier behandelten Rechtsinstituts entspringt: die Berechtigung, Auskunft und Rechenschaft zu verlangen, wird nicht dadurch beseitigt, daß der Berechtigte Tatsachen kennt, die dem Gebiet angehören, über welches Auskunft zu erteilen oder Rechenschaft abzulegen ist. Der Berechtigte ist nicht gezwungen, auf Grund seiner Kenntnis sogleich den sich hiernach etwa ergebenden Hauptanspruch geltend zu machen, sondern kann trotzdem erst noch Auskunft bezw. Rechenschaft verlangen, weil denkbarerweise immer noch ihm bisher unbekannt gebliebene Tatsachen hervortreten können, die vielleicht den Umfang des Hauptanspruchs ändern, unter Umständen auch erkennen lassen, daß er nicht besteht oder aufgehoben ist.

Kannte umgekehrt der Erblasser die einschlägigen Verhältnisse, nicht aber der Erbe, so wäre die Anwendung des Prinzips der Universalsukzession sicherlich eine Härte gegen den Erben, wenn man nicht schon den Erblasser hätte für berechtigt halten müssen, trotz seiner bereits gewonnenen Übersicht über die Sachlage, die immerhin unvollständig gewesen sein mag, vorsichtshalber erst noch die zur genauen Begründung eines eventuellen Hauptanspruchs dienende Auskunft oder Rechenschaft zu verlangen.

Schließlich beruht auch dann, wenn Erblasser und Erbe sich in Unkenntnis der Sachlage befinden, das Recht des Erben auf die Unterlagen seines Hauptanspruchs auf den vorstehenden Erwägungen, wiewohl man in diesem Falle wenigstens weit eher die Anwendung des Prinzips der Universalsukzession für unbedenklich halten könnte.

II. Die passive Vererblichkeit ist ohne weiteres zulässig. Dem Wesen des Anspruchs auf Auskunft ꝛc. widerspricht es nicht, daß der Erbe des Verpflichteten, also ein anderer als dieser Auskunft erteilen soll; denn die passive Vererblichkeit liegt vom Standpunkt des Berechtigten aus doch nur in dessen Interesse, vom Standpunkt des Erben aber erscheint sie auch nicht als eine

Unbilligkeit gegen ihn, weil er häufig in der Lage sein wird, eben als Erbe des Verpflichteten dessen tatsächliche und rechtliche Verhältnisse zu kennen und demnach ebenso erschöpfend Auskunft zu erteilen wie dieser, z. B. durch die im Nachlaß befindlichen Aufzeichnungen, Bücher, Dokumente, aber auch infolge mündlicher Mitteilungen des Erblassers. Wo dies aber nicht der Fall ist, weil er z. B. als dem Erblasser Fernstehender mit den Verhältnissen garnicht vertraut ist, ihm auch die genannten Hilfsmittel nicht zu Gebote stehen, findet seine Leistungspflicht eben in dem tatsächlichen Unvermögen und Nichtwissen ihre Grenze und Beschränkung [3]).

Geschichtlich ist zu bemerken, daß das Römische Recht die Frage der passiven Vererblichkeit nicht entschieden hat. Wenn es in l. 1 § 16 D. de tut. et rat. distr. 27, 3 heißt:

„hanc actionem etiam in heredem tutoris competere constat",

so beweist das für die Vererblichkeit der Klage auf Rechnungslegung nichts [4]), denn die in dem Zitat erwähnte actio ist nicht eine Klage auf Rechnungslegung, letztere ist vielmehr nur nebenbei auch Gegenstand der actio tutelae. Demgemäß kann man auch nicht bezüglich der passiven Vererblichkeit der Klage auf Rechnungslegung die l. 1 § 16 auf die sonstigen Fälle analog anwenden, in denen ein rationem reddere stattfinden sollte, (vgl. für das Mandat l. 46 § 4 D. 3, 3; für die negotiorum gestio l. 2 D. 3, 5; für die societas l. 9 pr. D. 2, 13). Sicher war dagegen, und zwar bejahend die Frage im Gemeinen Recht entschieden, wo die gerichtliche Praxis wenigstens für die Sozietät die passive Vererblichkeit ausgesprochen hat. Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 37 S. 288—290.

Auch das preuß. Recht stellt die Rechenschafts- und Rechnungslegungspflicht nirgends als eine höchst persönliche Pflicht hin, wohl aber erklärt es die Erben eines verstorbenen Gesellschafters über die von dem Erblasser besorgten Sozietätsgeschäfte

3) R.G. Bd. 14 S. 205. Auf vorsätzliches oder fahrlässiges Verschulden kommt es hierbei nicht an.

4) A. M. Klewitz S. 40.

Rechnung zu legen für schuldig (A.L.R. I, 17 § 221) und bestimmt in der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 67 Abs. 4 den Übergang der Pflicht zur Rechnungslegung auf dessen Erben; es hält also die passive Vererblichkeit nicht für begrifflich unmöglich. Das B.G.B. betrachtet sie unbestritten als zulässig und selbstverständlich, cfr. Motive Bd. 4 S. 1185, wo gesagt wird, es liege kein Bedürfnis für die ausdrückliche Vorschrift der preuß. V.O. § 67 Abs. 4 vor.

---

§ 9.

Übertragbarkeit.

Fraglich steht es mit der Singularsukzession in das Recht auf Auskunft usw. durch Abtretung. Maßgebend dürfte das Rechtsverhältnis sein, aus dem dieses Recht entspringt. Als gänzlich ausgeschlossen muß man die Abtretung ansehen bei solchen Rechtsinstituten des Familienrechts, welche sich auf eine besonders enge Lebensgemeinschaft (Ehe) oder auf ein besonderes Vertrauensverhältnis (Vormundschaft) gründen. So kann z. B. der Anspruch auf Rechenschaftsablegung aus § 1421 B.G.B. (der Ehefrau gegen den Mann bei gesetzlichem Güterrecht nach Beendigung der Verwaltung und Nutznießung) und aus § 1546 (desgl. bei der Errungenschaftsgemeinschaft) wohl nicht abgetreten werden[1]). Zweifelhaft kann man sein im Falle des § 1890 B.G.B. Dieser begründet einen Anspruch des Mündels gegen den Vormund nach Beendigung von dessen Amt auf Rechenschaftsablage über seine Vermögensverwaltung. Es sprechen aber doch die Umstände dagegen, diesen Anspruch im Prinzip ebenso wie die anderen für abtretbar zu erklären. Es ist nämlich § 1892 zu berücksichtigen, dessen Abs. 2 das Vormundschaftsgericht nötigt, mit den Beteiligten über die Abnahme der bei ihm eingereichten Rechnung zu verhandeln und die Abnahme zu vermitteln. Für das Gericht, das von Amtswegen seine Vermittlung versuchen

1) Das ist m. E. die notwendige Ergänzung des § 1408 B.G.B., der das Recht, das dem Manne an dem eingebrachten Gute kraft seiner Verwaltung und Nutznießung zusteht, von der Übertragung ausschließt.

muß, kommt nun aktenmäßig als „Beteiligter" doch nur der Vormund und der Mündel oder dessen Vertreter in Frage, nicht aber eine beliebige Person, die mit dem materiellen oder auch nur formalen eigenen Recht ausgestattet, dem Gericht sich als Rechtsnachfolger des Mündels präsentiert. Stellt man sich jedoch auf den Standpunkt, daß das Vormundschaftsgericht die Einreichung der Rechnung durch Ordnungsstrafen nicht erzwingen könne, eine Streitfrage, die hier nicht erörtert zu werden braucht, und seine Vermittelung durch passiven Widerstand der Beteiligten ausgeschaltet werden könne, so wäre allerdings zunächst kein Grund einzusehen, weshalb der volljährig gewordene Mündel seinen Anspruch auf Rechenschaftsablegung nicht sollte rechtswirksam abtreten dürfen. Der Abtretbarkeit steht aber doch das der Natur der Vormundschaft entnommene Argument entgegen, daß diese ein auf gesetzlicher Basis beruhendes Vertrauensverhältnis ist. Dem Vormund wird die Übernahme der Vormundschaft im Gesetz aufgezwungen. Ein persönliches Band knüpft sich zwischen ihm und Mündel, wie es auch gesetzlich durch die Verpflichtung des Vormunds zur Fürsorge für die Person des Mündels zum Ausdruck kommt. Diesem soll der Vormund seine Kraft widmen, für ihn trägt er die Verantwortung dem Vormundschaftsgericht gegenüber, nur ihm braucht er daher nach Beendigung seines Amtes auch Rechenschaft abzulegen [2]).

Im Falle des § 1667 B.G.B. ist die Abtretung überhaupt undenkbar, weil es an einer zivilistisch berechtigten Person fehlt. Mit dieser Bestimmung ist nur eine Rechenschaftspflicht des Vaters normiert gegenüber dem Gericht als staatlichem Aufsichtsorgan, ohne daß mit dieser Pflicht das zivilistische Recht einer individuellen Person korrespondiert.

Gerät ein Vormund in Konkurs, so endigt sein Amt durch die nach § 1886 B.G.B. vom Vormundschaftsgericht von Amts-

2) Findet nur ein Wechsel in der Person des Vormunds statt, ohne daß das vormundschaftliche Verhältnis selbst aufhört, so dürfte vom Gericht dem neuen Vormund selbst bei Zulässigkeit der Abtretung schwerlich gestattet werden, den erworbenen Anspruch des Mündels auf Rechenschaftsablegung auf einen anderen zu übertragen.

wegen vorzunehmende Entlassung; aber die sonst nach Maßgabe der Konkursordnung eintretende Wahrnehmung der Obliegenheiten des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter gilt hier nicht[3]).

Soweit die Ansprüche auf Auskunft, Rechenschaftsablegung und Rechnungslegung aus anderen Rechtsverhältnissen sich herleiten (meist obligatorischen, vereinzelt auch dinglichen), dürfte im allgemeinen gegen die prinzipielle Zulassung der Abtretung nichts einzuwenden sein. Indessen ist daran festzuhalten, daß die Übertragbarkeit der genannten Rechte vermöge ihrer akzessorischen Natur grundsätzlich sich an den gleichzeitigen Übergang des Hauptanspruchs aus dem betreffenden Rechtsverhältnis knüpft[4]), wie Planck Note 1 zu § 399 B.G.B. sagt, „nicht ohne das Rechtsverhältnis, für dessen Zwecke diese Ansprüche bestimmt sind." Eine auf die (mit dem Hauptanspruch erfolgende) Abtretung des Anspruchs auf Rechenschaft gerichtete ausdrückliche Willenserklärung, wie sie R.G. Bd. 3 S. 333 verlangte, dürfte allerdings mit Rücksicht auf die akzessorische Natur dieses Rechts nicht erforderlich sein, da sich nirgends ein gesetzlicher Anhalt dafür findet. Die Entscheidung behält aber doch ihre Bedeutung als ein Zeugnis der Praxis für die Wahrung des oben formulierten Prinzips. Übrigens hat das Reichsgericht selbst seine in dem zitierten Urteil wiedergegebene besonders scharfe Ansicht wieder eingeschränkt[5]) und die Abgabe einer ausdrücklichen Willenserklärung von der jedesmaligen Sachlage abhängig gemacht. Aber auch das geht wohl zu weit; höchstens kann man sagen, wird jedesmal eine besondere Sachlage vorhanden sein, wenn ein Auskunftsberechtigter sich dazu entschließt, Haupt- und Nebenanspruch verschiedenen Personen zu übertragen.

Für das Gemeine Recht steht Klewitz[6]) sachlich auf dem eingangs mitgeteilten Standpunkt, wenn er auch auf Grund der

3) Opet-Blume Note 8 zu § 1890. Vgl. Motive Bd. 4 S. 1085 ff. im Gegensatz zur Preuß. V.O. von 1875 § 67 Abs. 4.

4) Dernburg Bd. 2 S. 87/88, Rocholl II S. 244, Treitel S. 40.

5) J. W. 1906 S. 448 Nr. 50.

6) S. 38/39.

Natur des Rechnungslegungsanspruchs als eines an und für sich selbständigen Anspruchs zunächst prinzipiell auch die selbständige Abtretung zuläßt, da der Anspruch auf dare (d. i. der durch die Rechnungslegung vorbereitete Anspruch auf Herausgabe des ermittelten Überschusses, des reliquum) keineswegs mit dem Anspruch auf Rechnungslegung in einem unzertrennlichen Zusammenhang stehe. Er bemerkt aber, es werde freilich bei einer derartig beschränkten Zession häufig an dem erforderlichen Interesse auf Seiten des Zessionars fehlen und daher insofern einer eventuellen Klage ein begründeter Einwand entgegenstehen. Es kann dahingestellt bleiben, ob Klewitz von seinem Standpunkte aus sich nicht widerspricht, denn es ist doch zweifelhaft, ob mangelndes Interesse an einem durch grundsätzlich zugelassene Abtretung erworbenen Anspruch ein genügender Grund sei, ihn nun auch nicht geltend zu machen. Das Bedenken von Klewitz dürfte sich durch die wohl berechtigte Annahme erledigen, daß in den Fällen, in denen der Anspruch auf Auskunft tatsächlich selbständig abgetreten wird, der Abtretung stets ein genügendes Interesse zugrunde liegt.

Der Abtretbarkeit steht kein prinzipieller Hinderungsgrund in § 399 entgegen.

Dort heißt es:

> „Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann . . .“

Der Gläubigerwechsel ist allerdings für den Inhalt der Auskunfts- und Rechenschaftsleistung nicht indifferent. Was der Leistungspflichtige überhaupt zu sagen hat, bleibt ja freilich stets dasselbe, er sage es dem Zedenten oder Zessionar. Macht er nun aber seine Mitteilungen dem Zedenten, so ist dieser an deren Empfang uninteressiert, sonst hätte er nicht zediert. Ihren Inhalt empfängt die Leistung der Auskunft ꝛc. erst durch die Beziehung zu derjenigen Person, die an ihr ein Interesse hat, weil sie nur dieser gegenüber einen Zweck hat, und das ist der Zessionar. Erwägt man, daß eine Abtretung an diesen nie erfolgen

wird, ohne daß ein Interesse bei ihm anzunehmen ist, so kann man wohl sagen, daß die Leistung geradezu ihren Inhalt einbüßen würde, wenn sie an den Zedenten als den Inhaber des Hauptrechts geschehen sollte. Diesen Erfolg kann § 399 nicht herbeiführen wollen.

Ebensowenig ist der § 400 B.G.B. ein Hindernis für die Abtretbarkeit. Es heißt dort zwar:

„Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist,"

aber die Forderung (der Anspruch) auf Auskunft ꝛc. ist, wie man direkt behaupten kann, nur für sich allein unpfändbar, weil für sich allein keinen realen Wert darstellend; sie ist es dagegen im Verein mit der Hauptforderung als deren Hilfsrecht. Daraus ergibt sich ihre Abtretbarkeit.

Bedenklich ist es wohl, mit Treitel (S. 40) in Anbetracht von Auskunfts- und Rechenschaftsablage zwischen Abtretbarkeit und Übertragbarkeit zu unterscheiden und letztere für zulässig zu erachten. Beides dürfte dasselbe bedeuten. Seine Hinweise auf §§ 399, 413 B.G.B. als Belege für die Übertragbarkeit treffen m. E. nicht zu. § 399 spricht ausdrücklich von „Abtretung" und § 413 wählt lediglich mit Rücksicht auf den Gegensatz zum Ausdruck „Forderung" für den Übergang anderer im B.G.B. nicht geregelter Rechte auf eine andere Person eine abweichende Terminologie.

Sollte Treitel bei seiner Unterscheidung zwischen Abtretung und Übertragung bezüglich letzterer an eine Überlassung der Befugnis zur Ausübung gedacht haben dergestalt, daß das Recht selbst dem Inhaber des Hauptanspruchs verbleibt? Eine wirksame Abtretung der Ausübung nach wäre m. E. nur denkbar in Form der fiduziarischen Zession. Diese wäre ein Abkommen zwischen Zedenten und Zessionar des Inhalts, daß der letztere bezüglich der Geltendmachung der Forderung den Anweisungen des Zedenten nachkommen und das Beigetriebene an ihn herausgeben solle[7]). Auf unseren Gegenstand übertragen hieße das,

7) Schollmeyer § 398 Note 4 S. 362.

es solle der Zessionar auf Auskunft oder Rechenschaftsablegung klagen und die erhaltene Auskunft oder die gelegte Rechenschaft oder Rechnung dem Zedenten übermitteln. Mit Recht bemerkt Crome[8]), daß die Gründe der Abtretung für den Schuldner meist unkontrollierbar sind und deshalb (im Gegensatz zu Stammler, Schuldverhältnisse, S. 194 ff.) die fiduziarische Abtretung einer Forderung zulässig ist. Dies wird auch für die akzessorischen Forderungen auf Auskunft und Rechenschaft gelten müssen, umso eher, als eine Kollision mit §§ 399, 400 B.G.B. nach den vorstehenden Erörterungen über diese Bestimmungen nicht zu befürchten ist. Denn schließlich bleibt ja wenigstens nach dem inneren Verhältnis zwischen Zedenten und Zessionar der erstere der alleinige Forderungsberechtigte, und was das äußere Verhältnis zwischen dem auf Auskunft oder Rechenschaft klagenden fiduziarischen Zessionar und dem Zessus anbelangt, so braucht ersterer das fiduziarische Rechtsverhältnis nicht aufzudecken, um seine innere Legitimation zu begründen; seine Legitimation ist die äußerliche formell giltige Abtretung, an der sich der Schuldner genügen lassen muß.

Klewitz S. 39 und Hübner S. 91 führen folgenden Fall an. Es zediert jemand (A) schenkungsweise den materiellen Anspruch an eine geistig beschränkte Person (B), den Anspruch auf Auskunft bezw. Rechenschaftsablage dagegen an einen anderen (C), der die nötige Fähigkeit besitzt, um die Auskunft entsprechend würdigen und vertreten und die zu legende Rechnung einer sachkundigen Prüfung unterziehen zu können. Beide erklären die Klage des Zessionars, dem die Forderung auf Rechnungslegung abgetreten ist, für zulässig mit der Begründung, daß hier der Einwand des mangelnden Interesses nicht stichhaltig sei. Das Beispiel ist aber nach mehr als einer Richtung hin unglücklich gewählt. Zunächst unterstellt es, daß auch der Hauptanspruch bereits abgetreten ist. Man könnte deduzieren: allerdings sei der akzessorische Anspruch nicht ohne den Hauptanspruch abtretbar; da dieser aber schon zediert sei, so bedürfe es doch nicht erst einer Begründung für die Zulässigkeit der Abtretung des

8) Bd. 2 S. 323 Text u. Anm. 29.

akzessorischen Anspruchs. Dieses Argument wäre spitzfindig, wenn nicht unrichtig; denn es übersähe, daß von zwei verschiedenen Zessionaren die Rede ist, während doch gerade kraft der akzessorischen Natur des Anspruchs auf Auskunft ꝛc. die Einheitlichkeit auf der Gläubigerseite gewahrt werden soll.

Sodann fragt man sich auch vergebens, warum unter den gegebenen Verhältnissen [9]) der Zedent sich nicht selbst zugunsten der geistig beschränkten Person die Geltendmachung des Nebenanspruchs vorbehalten hat. Damit wäre er allen rechtlichen Schwierigkeiten aus dem Wege gegangen; denn prinzipiell kann zwar eine akzessorische Forderung nicht ohne die Hauptforderung abgetreten werden, wohl aber darf man behaupten, ist die Abtretung der letzteren ohne die erstere zulässig; ist doch das Recht auf Auskunft ꝛc. eine wertvolle Ergänzung, häufig auch die Grundlage des Hauptanspruchs, indessen diesem begrifflich keineswegs immanent. Klewitz selbst gibt dies unter Hinweis auf R.G. Bd. 3 S. 336 teilweise zu (S. 39 Text u. Anm. 2), indem er ausführt, daß die Zession des materiellen Anspruchs nicht ohne weiteres die Zession des Anspruchs auf Rechnungslegung in sich schließe.

Schließlich läßt das Beispiel, wofür es doch in erster Linie gewählt ist, gar nicht erkennen, worin das Interesse des Zessionars der Auskunftsforderung besteht, dessen Mangel der Zessus ihm nicht solle entgegenhalten dürfen. Daß die Zession des Nebenanspruchs eine Maßregel zugunsten und daher im Interesse der geistig beschränkten Person als des Zessionars der Hauptforderung ist, ergibt sich freilich von selbst, aber dessen Interesse ist doch hier nebensächlich. Denkbar ist indessen das Interesse eines solchen Nebenzessionars an der Zession, sei es, daß auch ihm ebenso wie dem Zedenten aus seiner eigenen Person heraus, z. B. als Verwandten des geistig Beschränkten an der sachgemäßen Wah-

9) Nebenbei mag auf die nach dem Beispiel gegebene Möglichkeit aufmerksam gemacht werden, unter den Voraussetzungen des § 1910 Abs. 2 B.G.B. der geistig beschränkten Person, sofern ihre Beschränktheit sich als ein geistiges Gebrechen darstellt, einen Pfleger, also einen Rechtsvertreter, zu bestellen. Eine Abtretung an einen anderen würde sich dann erübrigen.

rung von dessen Rechten gelegen sein mag, sei es, daß er sich hierzu gegen Entgelt vertraglich verpflichtet oder aus Gefälligkeit für den Zedenten diesem die Mühen der Auskunftseinholung oder der Entgegennahme und Prüfung der Rechnung abnehmen will.

Die Lösung der Schwierigkeit dürfte eben in der Annahme einer fiduziarischen Zession liegen. Durch sie wird das Prinzip der Einheitlichkeit des materiellen Rechts des Gläubigers und des Nebenanspruchs nur äußerlich durchbrochen, in Wirklichkeit aber ist sie die Form, unter der sich die — nach der Sachlage vielleicht zuweilen gebotene — Teilung der Rechte ermöglichen läßt. Gründe für diese Teilung sind als Beispiele oben genannt, sie sind Interna zwischen Zedenten und Zessionar, den Schuldner gehen sie nichts an; denn sie entziehen sich seiner Kenntnis und Beurteilung [10]).

10) Um das Beispiel des Textes überhaupt halten zu können, nach welchem der Hauptanspruch gleichfalls an einen anderen (B), die geistig beschränkte Person, abgetreten ist, wird man das der fiduziarischen Zession zugrunde liegende Rechtsverhältnis zwischen dem Zedenten und Zessionar des Anspruchs auf Auskunftserteilung (C) als einen Vertrag zugunsten Dritter auffassen müssen, aber nicht dergestalt, daß der Dritte, die geistig beschränkte Person (B), unmittelbar aus dem fiduziarischen Verhältnis berechtigt sein soll. Denn dann ergäbe sich folgendes. Nachdem der Zessionar (C) von dem Pflichtigen (B) Auskunft eingeholt oder sich hat Rechnung legen lassen, müßte er auf Grund der fiducia unter Mitteilung der Auskunft oder der gelegten Rechnung das Recht auf diese der geistig beschränkten Person (B) zurückübertragen, also seinerseits die Rolle des Zedenten übernehmen. Wegen seiner geistigen Beschränktheit aber wäre der nunmehrige Zessionar B nicht befähigt, von dem Fiduziar und jetzigen Zedenten C die ihm auf Grund des § 402 B.G.B. in Verbindung mit § 328 Abs. 1 gebührende Auskunft über dessen Tätigkeit für ihn mit Nutzen entgegenzunehmen, eine Auskunft freilich, die mit der Übermittelung des Gegenstandes der Zession zusammenfiele. Vielmehr muß aus dem Zweck des der fiduziarischen Zession zugrunde liegenden Vertrages in Ermangelung einer besonderen Bestimmung angenommen werden, daß die geistig beschränkte Person überhaupt nicht das Recht auf Auskunft oder Rechnungslegung erwerben solle. Vgl. Fischer-Henle § 328 B.G.B. Note 4 zu Abs. 2. Die Rechtslage wäre dann die, daß das fiduziarische Recht auf Auskunft usw. beim ursprünglichen Zedenten A verbliebe, ein Ergebnis, das sich, wie oben gezeigt, auch ohne Abtretung hätte erreichen lassen.

§ 402 B.G.B., der den bisherigen Gläubiger verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen, hat auch bei einer Zession des Anspruchs auf Auskunfts- und Rechenschaftsablage Anwendung zu finden. Aber diese Anwendung ist naturgemäß sehr eng begrenzt. Der Zedent soll dem Zessionar (nach der Abtretung) darüber Auskunft geben, was zur Geltendmachung der Forderung nötig ist. Das zur Geltendmachung des Anspruchs auf Auskunft ꝛc. Erforderliche mag sich jedesmal aus dem einzelnen Spezialfall ergeben, es ist Tatfrage. Im allgemeinen wird der Zedent selbst nicht viel wissen, und wird auch kaum etwas zu sagen sein; handelt es sich doch gerade um einen Anspruch, dessen Durchführung selbst erst Klarheit verschaffen soll. Unbedingt muß selbstverständlich der Zedent dem Zessionar, der auf Auskunft oder Rechnungsablage klagen soll, sein Rechtsverhältnis mit dem Zessus auseinandersetzen, weil die Darlegung dieses Verhältnisses zur Begründung der Klage gehört. Jedoch wird er das auch schon *vor* der Abtretung haben tun müssen, weil man kaum annehmen kann, daß jemand sich sollte ein Recht auf Auskunft übertragen lassen, ohne sogleich in Erfahrung bringen zu wollen, worauf dieses Recht begründet ist.

Einer Erörterung bedarf noch die Frage der Abtretbarkeit bei Gesellschaftsverhältnissen. So weit es sich um Art. 98 a. H.G.B. handelte, der nur von der Einsicht der Geschäftsbücher und Papiere ausschließlich durch den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft spricht, konnte die Kenntnis des für den außenstehenden Nichtgesellschafter Wissenswerten einfach durch Mitteilung des berechtigten zedierenden Gesellschafters übermittelt werden, und falls dieser sich weigerte, selbst diese Kenntnis zu nehmen und die Mitteilungen zu geben, half eine Klage des Dritten gegen ihn aus, sofern es einerseits die Geheimhaltungspflicht des abtretenden Gesellschafters und andererseits das der Abtretung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zuließ. Unmittelbar gegen die Gesellschafter aber stand ihm das freilich sehr dürftige Recht auf Offenlegung der allgemeinen Resultate der Jahresbilanz zu. Das A.L.R. I 17 § 218 versagte dem Zessionar

der Gewinnanteilsforderung das Recht auf Rechnungslegung und andere Nachweisungen über die betriebenen Geschäfte und erlaubte ihm nur, die Vorlegung einer „Balance" über den aus dem gemeinschaftlichen Gewerbe entstandenen Gewinn und Verlust zu fordern. Klewitz[11]) nimmt für das a. H.G.B. und das preuß. A.L.R. an, daß einstweilen der Zedent der forderungsberechtigte Teil bleibe. Mit Recht; denn der von Dernburg[12]) formulierte Gedanke des Gesetzes, „die Gesellschaft während ihres Bestehens und bis zur Beendigung der Liquidation gegen das Eindringen Dritter in die Geschäftsgebarung zu schützen", ist durchaus zutreffend. Nicht einverstanden erklären kann ich mich jedoch mit der Bemerkung on Klewitz, daß dem Zedenten, bei dem das Recht auf Rechnungslegung bleibt, im Falle der Klage häufig der Einwand des mangelnden Interesses entgegenstehen werde[13]).

Im neuen H.G.B. ist Art. 98 gestrichen. Seine Bestimmung kehrt, auf alle bürgerlichrechtlichen Gesellschaften verallgemeinert, in den §§ 717, 716 B.G.B. wieder. Das B.G.B., dessen Gesellschaftsrecht sich auf dem deutschrechtlichen Prinzip der gesamten Hand im Gegensatz zu der Individualtheorie des römischen Rechts aufbaut, ordnet in § 719 an, daß ein Gesellschafter nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen könne. Daher kann er ihn auch nicht abtreten. (Die Abtretung ist eine Verfügung.) Das hier zum Ausdruck gelangende Recht der Mitgliedschaft ist unveräußerlich und damit auch die Abtretung des Anspruchs auf den Rechnungsabschluß § 721 B.G.B.[14]). Ebenso erklärt § 717 Satz 1 die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehenden Ansprüche für nicht übertragbar. Dagegen macht Satz 2 eine Ausnahme u. a. für

11) S. 39/40 und Anm. 1 S. 40.

12) Preuß. Privat-Recht Bd. II § 218 Anm. 8. (S. 654).

13) Das Nähere siehe unten S. 173.

14) Rechnungsabschluß bedeutet die Feststellung, ob mit Gewinn oder Verlust gearbeitet ist, und ist daher nicht identisch mit der Rechnungslegung oder Rechenschaftsablage.

die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt. Zur Durchführung dieser Ansprüche steht dem berechtigten Gesellschafter gegen den oder die geschäftsführenden Gesellschafter gemäß § 713 B.G.B. aus dem dort in Bezug genommenen § 666 das Recht auf Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung zu. Ob aber auch im Falle der Abtretung des Hauptanspruchs aus § 717 das Nebenrecht aus §§ 713, 666 von dem nicht zur Gesellschaft gehörigen Cessionar geltend gemacht werden könne, ist bestritten. Die herrschende Meinung, der ich mich anschließe, ist dagegen [15]). Dafür erklärt sich Marcus[16]) und Oertmann[17]). Aus der Judikatur ist als Beleg für die ersterwähnte Ansicht das Urteil des Reichsgerichts Bd. 52 S. 35 ff.[18]) heranzuziehen, das Marcus zum Gegenstand seiner Kritik gemacht hat. Die Begründung der abweichenden Überzeugung von Marcus erscheint mir nicht stichhaltig. Darin ist ihm allerdings beizustimmen, daß die Interpretation der Worte des § 717 durch das Reichsgericht: „Die Ansprüche auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt," unrichtig ist, wiewohl er selbst ohne Begründung darüber hinweggeht. Nach Ansicht des Reichsgerichts soll darunter das zu verstehen sein, was als Anteil ermittelt i st , nicht, was sich als solcher ergeben wird. Der Wortlaut des Gesetzes („zukommt", nicht: „zukommen wird") scheint dies zu bestätigen. Doch würde einmal eine derartige andere Ausdrucksweise nicht dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechen. Sodann ist die Abtretung nicht an den Zeitpunkt der erfolgten Auseinandersetzung geknüpft. Schließlich ist doch, wie aus den weiteren Ausführungen des Reichsgerichts hervorgeht, dieses offenbar selbst nicht der Meinung, daß sich im Falle der Abtretung des Anspruchs auf das, „was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt", der Rechnungs-

15) So z. B. Planck Note 2 § 717; Dernburg Bürg. Recht Bd. II § 362 V. a. E. (S. 632); Goldmann-Lilienthal Bd. I S. 756 Anm. 36; wohl auch Staudinger S. 626 zu § 717.

16) „Recht" 1903 S. 425.

17) Note 3 zu § 717 S. 779.

18) Oder auch Gruchot Bd. 48 Beilage S. 914.

legungsanspruch überhaupt erübrige; letzteres wäre aber unzweifelhaft der Fall, wenn das „Zukommende" ermittelt, d. h. ziffernmäßig festgestellt wäre, weil der Zessionar des Hauptanspruchs in dem Interesse der Mitgesellschafter des Zedenten eine genügende Gewähr dafür hätte, daß die Auseinandersetzung richtig, nämlich entweder nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen (B.G.B. §§ 732, 735) oder etwaiger besonderer Vereinbarung des Gesellschaftsvertrages geschah, und weil deshalb die Voraussetzung einer Rechenschaftsablegung, die Ungewißheit über das Quantum des Anspruchs entfiele. Die allerdings noch verbleibende Ungewißheit über die Substantiierung dieses Quantums wird hierdurch mit erledigt. Damit stimmt auch die Entscheidung des R.G. vom 17. Juni 1902 überein [19]), worin entwickelt wird, daß der Zessionar auch nach Beendigung der Gesellschaft nicht Rechenschaft verlangen könne. Der zit. Entscheidung tritt Dernburg [20]) bei.

Sieht man davon ab, daß nach Marcus in der Hauptsache der dem Reichsgericht zur Entscheidung vorgelegte Fall gar nicht nach den Regeln über die Gesellschaft, sondern nach denjenigen über die Gemeinschaft zu beurteilen sei, (was hier nicht untersucht zu werden braucht), so setzt er sich durch seine Auslegung der dem Gesellschaftsrecht entnommenen Bestimmungen mit dem dieses beherrschenden Prinzip der gesamten Hand, d. h. der begrifflichen innerlichen Geschlossenheit der Gesellschaft in Widerspruch, die, vom gegenseitigen Vertrauen der Gesellschafter getragen, jedes einseitige Eindringen Dritter nicht nur in die Mitgliedschaft, sondern auch in die Verhältnisse der Gesellschaft verhindern soll. Die Ausnahmen, die solches gestatten (z. B. die Pfändung eines Gesellschaftsanteils, das Kündigungsrecht des Pfandgläubigers), sind im Gesetz genau bestimmt, darüber hinaus aber nicht zulässig, und es kann nur als eine rein persönliche Meinung bezeichnet werden, wenn Marcus dem Reichsgericht unterstellt, es lege dem Vertrauensverhältnis der Gesellschafter unter einander eine zu große Bedeutung für die Frage der Zessibilität des An-

19) J. W. 1902 Beilage 10 S. 253.
20) Bürg. Recht Bd. II S. 621 Anm. 1.

spruchs auf Rechnungslegung bei, ohne die Konsequenzen zu beleuchten, die sich für den Zessionar aus der zu weit gehenden Berücksichtigung ergeben. Gerade jenes Vertrauensverhältnis ist aber das Charakteristische des Gesellschaftsvertrages und seiner Einzelheiten und deshalb der begründete Ausgangspunkt für diese Frage. Mit Recht verlegen die Motive Bd. II S. 614, denen das Reichsgericht l. c. und Planck ohne Einschränkung folgen, den Schwerpunkt in den Umstand, daß „der Gesellschaftsvertrag auf gegenseitigem Vertrauen beruht und das Gesellschaftsverhältnis ebenso nach der passiven als nach der aktiven Seite hin an die Person des Gesellschafters gebunden ist." Aber in dem weiteren Verlauf ihrer Ausführungen sind die Motive irreführend. Als Grundsatz stellen sie die Unübertragbarkeit der Forderung aus dem Gesellschaftsvertrage hin eben in Anbetracht jenes Vertrauensverhältnisses, statuieren dann aber Ausnahmen vom Prinzip (die Fälle des § 717 Satz 2 B.G.B.), weil „ein Gesellschafter einen nicht unmittelbar aus dem Gesellschaftsvertrage entspringenden, sondern nur in der Folge desselben entstandenen Anspruch erwerben könne, welcher sich als aus dem Gesellschaftsverhältnis losgelöst und als ein davon unabhängiger und selbstständiger ergebe, dessen Übertragbarkeit auszuschließen daher nicht gerechtfertigt wäre." Zum Schluß der Begründung zum E. I § 644 bemerken die Motive (S. 614 a. E.) wörtlich folgendes:

> „Aus dem Prinzipe[21]) ergibt sich die Entscheidung der Frage, ob und inwieweit der dem Gesellschafter zustehende Anspruch auf Rechnungsablegung bezw. auf Information über die Angelegenheiten der Gesellschaft übertragbar ist."

Hierzu wird in einer Anmerkung u. a. auf A.L.R. I 17 § 218, a. H.G.B. Art. 98, R.O.H.G. Bd. 23 Nr. 41, R.G. Bd. 3 S. 336 verwiesen, Bestimmungen und Entscheidungen, welche sich gegen die Übertragungsfähigkeit ausgesprochen haben. Nach dem soeben wiedergegebenen Zitat aus den Motiven wäre es nur logisch zu folgern: wenn der Hauptanspruch nicht übergeht, ist auch der Nebenanspruch nicht übertragbar; in den Fällen

21) Scil. der Unübertragbarkeit; cfr. Motive S. 613 und S. 614 oben.

aber, wo von dem Prinzip der Nichtübertragbarkeit des Hauptanspruchs Ausnahmen gemacht werden, geht auch der Nebenanspruch über, eben mit Rücksicht auf die in den Motiven behauptete Loslösung des Hauptanspruchs aus dem Gesellschaftsverhältnis und seine Verselbständigung. Es wären also die Motive gerade ein Beleg gegen die herrschende Meinung. Ihre Stellungnahme bleibt zweifelhaft, sie selbst verdunkeln ihren Standpunkt durch den erwähnten Hinweis auf andere Gesetze und Entscheidungen. Aber jene Anmerkung in den Motiven macht hierauf nur vergleichsweise aufmerksam, und ob die Begründung des I. Entwurfs den zitierten Gesetzesstellen und Entscheidungen folgen wollte, steht dahin; das Reichsgericht Bd. 52 S. 38 nimmt es freilich kurzerhand an. Demnach läßt sich aus den Motiven eine Lösung der Frage nicht gewinnen.

Lehnt man die oben erwähnte Schlußfolgerung aus den Motiven ab — mit Recht —, verneint also die Möglichkeit der Übertragung des Anspruchs auf Rechenschaftsablage auch bei an sich abtretbarer Hauptforderung, so vermißt man in den Motiven eine deutliche Begründung dafür, warum trotz der Verselbständigung der abtretbaren Forderungen mit ihnen nicht auch das Recht auf Rechenschaft übergeht. Man kann den Satz der Motive, daß jene Forderungen nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis entsprängen, (nämlich unmittelbar aus dem Gesellschaftsschluß), sondern nur infolge desselben (nämlich mittelbar aus der tatsächlichen Geschäftsführung)[22]), und daß sie deshalb selbständige seien, für richtig halten, ohne darum von ihrer Loslösung aus dem Gesellschaftsverhältnis sprechen zu wollen, in welchem sie doch immer ihre Wurzel haben. Ihre Selbständigkeit und damit ihre Abtretbarkeit ergibt sich eben daraus, daß sie rein vermögensrechtlicher Natur sind[23]) und lediglich das Verhältnis des einzelnen Gesellschafters zu Dritten betreffen, ohne dem internen Gemeinschaftsverhältnis der gesamten Hand nahe zu treten und deren Prinzip zu durchbrechen. Das Gleiche läßt sich jedoch, wenn dem Zessionar einer solchen Forderung auch der Anspruch auf Rechen-

22) Vgl. R.G. Bd. 18 S. 283.
23) Endemann Bd. 1 S. 1136 Note 15.

schaftsablegung abgetreten wird und er ihn geltend machen will, von diesem Anspruch nicht in allen Stärken sagen. Inwiefern würde nun aber das Gesellschaftsverhältnis hiervon berührt? Die Antwort ergibt sich daraus, daß durch die vom Zessionar geforderte Rechenschaftsablage die Geschäftsführung in toto aufgedeckt werden müßte und hierbei notwendigerweise interne Details, die lediglich die anderen Gesellschafter angehen, zur Kenntnis des Zessionars gelangen würden. Mithin würden deren Interessen durch die Rechenschaftsablage, welche ihr Mitgesellschafter durch die Abtretung verursacht hat, in Mitleidenschaft gezogen. Gerade das aber bedeutete einen Bruch des Vertrauens, das dem Zedenten durch die gesellschaftliche Verbindung mit ihm von seinen Genossen entgegengebracht wird, und berührte also empfindlich die Persönlichkeit der Mitgesellschafter als solcher.

Teilt man die herrschende Meinung, so besteht nun allerdings für den Zessionar der Nachteil, daß er mit seinem Hauptanspruch, rein theoretisch betrachtet, den Gesellschaftern gegenüber hilflos dasteht. Darin, daß er nicht selbständig auf Rechnungslegung klagen könne, sieht indessen einer der Gegner, Oertmann a. a. O., in Übereinstimmung mit R.G. Bd. 52 S. 35 ff. noch gar nicht einmal die Hauptgefahr für den neuen Gläubiger, er erblickt solche vielmehr in der deutlich erkennbaren Absicht des Gesetzes, jede Einwirkung auf die Rechnungsstellung (Berechnung der Einlagen, Abschreibung usw.) auszuschließen. Oertmann will also, wenn wir recht verstehen, die Einwirkung gestatten, und weil die Entziehung der Einwirkungsmöglichkeit das größere Übel für den Zessionar bedeute, ihm den Anspruch auf Rechnungslegung zubilligen und somit auch das kleinere Übel beseitigen[24]). Es ist ja nun Oertmann zuzugeben, daß der Anspruch auf Rechnungslegung in der Regel zur Fixierung des auch vor der ziffernmäßigen Feststellung abtretbaren Auseinandersetzungsanspruchs dient und hierzu unerläßlich erscheint. Indessen kann die oben besprochene Absicht des Gesetzes nur eine

24) Das mangelnde Klagerecht und die mangelnde Einwirkungsmöglichkeit sind natürlich nur verschiedene Äußerungen desselben Prinzips, das dem Zessionar den Anspruch auf Rechnungslegung versagen möchte.

unmittelbare Einwirkung auf die Rechnungsstellung verhindern wollen. Dieser Wille kann respektiert werden, ohne daß dem Interesse des Zessionars Abbruch geschieht. In der Tat stehen dem Zessionar Möglichkeiten zu Gebote, der von Oertmann hervorgehobenen Hauptgefahr zu begegnen, freilich nur indirekt mit fremder Hilfe, nämlich derjenigen seines Zedenten unter Benutzung des Fortbestehens der rechtlichen Stellung desselben als Gesellschafters. Es hindert m. E. nichts, daß der Gesellschafter sich Rechnung legen läßt, wozu er unzweifelhaft eben mit Rücksicht auf die prekäre Lage des Zessionars befugt ist [25]). Dieser mag sich die Verpflichtung des Zedenten hierzu vertraglich sichern, eventuell unter Vereinbarung einer Konventionalstrafe oder durch Festsetzung einer Schadensersatzsumme. Mit einer solchen Verpflichtung ist auch das von Klewitz (S. 40 a. a. O.) geleugnete Interesse des abtretenden Gesellschafters an der Geltendmachung des Rechnungslegungsanspruchs durch ihn selbst begründet. Wenden etwa die von dem Zedenten verklagten Mitgesellschafter diesem den Mangel seiner Aktivlegitimation ein, weil er ja sein aus dem Gesellschaftsvertrage resultierendes Recht abgetreten habe, so kann er ihnen gegenüber sich einfach auf die Unübertragbarkeit des Rechnungslegungsanspruchs berufen und braucht nicht erst ein eigenes Interesse an der Rechnungslegung darzulegen.

Das R.G. Bd. 23 S. 120 hat entschieden, ein außerhalb der Gesellschaft stehender Unterbeteiligter könne von dem Gesellschafter, der ihn einseitig beteiligt hat, nicht verlangen, daß ihm derselbe Einsicht der Bücher und Belege verschaffe oder detaillierte Jahresbilanzen zustelle (wodurch der Gesellschafter seine Pflicht zur Geheimhaltung des Geschäftsbetriebes verletzen würde), sondern könne nur Offenlegung der allgemeinen Resultate der Jahresbilanz, verbunden mit der gemäß Art. 106 a. H.G.B. angelegten Jahresrechnung des Geschäftsanteils seines Teilnehmers beanspruchen.

---

25) Cfr. Staudinger zu § 717 S. 626 sub c in analoger Anwendung seiner Ausführungen zu § 740 Note 5 S. 658.

Dieselbe Begründung dürfte das Reichsgericht auf jeden außenstehenden Dritten angewendet wissen wollen. In dieser Form halte ich die Entscheidung nur für den äußersten Notfall für richtig, und zwar aus folgenden Gründen:

Sie kommt dem Interesse des Unterbeteiligten, der ja in derselben prekären Lage ist wie ein Zessionar, nur sehr mangelhaft entgegen, weil sie ihm das aus seinem Gesellschaftsverhältnis mit dem Sozius gegen diesen zustehende Kontrollrecht unterbindet und ihn lediglich auf dessen Reellität verweist. Eine absolute Verpflichtung zur Geheimhaltung der Vorgänge innerhalb einer Gesellschaft besteht nicht; es ist Tatfrage, ob und inwieweit die Geheimhaltung zur Erreichung des gemeinsamen Zwecks in der durch den Vertrag bestimmten Weise (B.G.B. § 705) erforderlich ist. Von der Beantwortung dieser Frage hängt es allerdings ab, wieweit der Sozius in der detaillierten Mitteilung der ihm gelegten Rechnung an den Untergesellschafter oder Zessionar gehen dürfe; ist strengste Geheimhaltung geboten, so werden sich diese mit dem vom Reichsgericht zugebilligten Minimum begnügen müssen. Sollte der Gesellschaftsvertrag dem Gesellschafter die Pflicht zur Geheimhaltung auferlegen, auch wenn das nach § 705 B.G.B. abzuschätzende Interesse der Gesellschaft die Geheimhaltung an sich nicht erfordert, so wäre der Zedent hierzu doch nur obligatorisch seinen Mitgesellschaftern gegenüber verbunden und es würde der Zessionar hiervon nicht berührt. Sache des Zedenten wäre es alsdann, sich vor ihnen wegen Verletzung der Geheimhaltungspflicht zu verantworten, und freier Würdigung würde die Beantwortung der Frage unterliegen, worauf sich die Geheimhaltungspflicht im einzelnen erstreckt und inwieweit eine Verletzung derselben die Interessen der Mitgesellschafter schädigt.

Auf diese vermittelnde und den Interessen des Zessionars dienende Weise wird m. E. die demselben abträgliche Absicht des Gesetzes ausgeschaltet. Eine Umgehung in fraudem legis liegt hierin nicht, da es sich nur um verschiedene Wege handelt, zu demselben erstrebenswerten Ziele zu gelangen. Man kann also wohl das Bedenken, das gegen die Versagung des unmittelbaren Anspruchs des Zessionars auf Rechnungsablage spricht, fallen lassen.

Zur Verteidigung seiner Ansicht zieht Marcus, gleichfalls einer der Gegner, die Natur des Rechts auf Rechnungslegung als eines Hilfsrechts heran. Dies erscheint nicht angängig. Hat das Hilfsrecht auch den Charakter einer Pertinenz und äußerliche Ähnlichkeit mit ihr, so besitzt es doch nicht das Wesen, die Qualität einer solchen, die nach B.G.B. § 97 nur Sachen (beweglichen), nicht auch Rechten gebührt. Die Analogie von § 401 B.G.B., der im engeren Rahmen nur Hypothek, Pfandrecht, Bürgschaft und Vorzugsrechte erwähnt, wird in der großen Mehrzahl der Fälle auch bei dem Nebenrecht auf Auskunft und Rechenschaftsablage Platz greifen; gegenüber dem Gesellschaftsrecht versagt sie aber, weil eine mechanische Anwendung der Analogie der sinngemäßen Berücksichtigung seines grundlegenden Prinzips weichen muß.

Gewagt dürfte es jedenfalls sein, wie Marcus es tut, nur deshalb der Übertragbarkeit des Anspruchs auf Rechnungslegung im Falle der Zession eines nach § 717 B.G.B. abtretbaren Rechts das Wort zu reden, weil das Rechtsinstitut der Rechenschaftsablage und Rechnungslegung im bisherigen Recht stark verkümmert gewesen sei, was mindestens für die Partikularrechte (vgl. z. B. die ergiebige Regelung beim Verwaltungsvertrage des Preuß. A.L.R. I, 13) nicht immer zutrifft.

Schließlich rügt Marcus in seiner Besprechung von R.G. Bd. 52 S. 35 ff., daß dem Klageantrage auf Vorlegung von Belegen nicht stattgegeben worden sei; es hätte nicht auf Klageabweisung überhaupt erkannt werden dürfen. Er meint, nach preußischem Recht [26]) wäre die Bestimmung des A.L.R. I, 17 § 218, auf die das Reichsgericht Bezug nimmt, zur Anwendung gelangt, die dem Zessionar das Recht gibt, die Vorlegung einer „Balanze" über den aus dem gemeinschaftlichen Gewerbe entstandenen Gewinn oder Verlust zu fordern. Eine Bilanz ist aber kein Beleg, und wird das Recht auf Rechenschaft versagt, so besteht auch keine Verpflichtung zur Vorlegung von Belegen. Marcus identifiziert offenbar irrtümlich die Verpflichtung zur Vorlegung einer Bilanz mit der Verpflichtung zur Rechenschaftsablage. Beides

26) Die Vorinstanzen waren bayrische Gerichte.

sind aber selbständige Verpflichtungen. Hierzu kommt noch Folgendes. Freilich darf ein Gesellschafter auch heute sich eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens (B.G.B. § 716) oder, wie das neue H.G.B. § 118 Abs. 1 sich kaufmännisch ausdrückt, eine Bilanz aus den Handelsbüchern und Papieren verschaffen, aber beide Gesetze weisen gegenüber dem A.L.R. einen erheblichen Unterschied auf: nach letzterem durfte der Zessionar von den übrigen Gesellschaftern eine Balanze *fordern*, also eine Tätigkeit derselben verlangen; nach heutigem Recht aber ist der Gesellschafter nur berechtigt, sich die Kenntnis selbst zu verschaffen, und für die geschäftsführenden Gesellschafter besteht nur eine Gestattungspflicht [27]). Der Tatbestand des Reichsgerichtsurteils erwähnt jedoch nichts davon, daß der Kläger den Antrag gestellt habe, den Beklagten zu verurteilen zu gestatten, daß Kläger sich eine Bilanz (oder Übersicht) anfertigt. Außerdem — und das ist ausschlaggebend — billigt das A.L.R. ausdrücklich dem Zessionar der Gewinnanteilsforderung das Recht auf Vorlegung einer Balanze zu, gestattet also die Zession *dieses* Nebenanspruchs; nach B.G.B. § 717 Satz 1 aber und auch nach H.G.B. ist der Anspruch des Gesellschafters, die Anfertigung einer Geschäftsübersicht oder Bilanz zu dulden, als ein den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegen einander zustehender für überhaupt nicht übertragbar erklärt.

Die Konsequenz der Nichtübertragbarkeit des Anspruchs auf Rechenschaftsablegung ist, daß der Zessionar des Hauptanspruchs, dem zugleich der Nebenanspruch abgetreten ist, im Falle einer Klage gegen die Gesellschaft so behandelt wird, als sei ihm der Rechenschaftsanspruch gar nicht zediert. Demzufolge muß er behaupten und beweisen z. B., was dem zedierenden Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt [28]). Da er aber meist hierzu nicht imstande sein wird, falls sich auch ein Zedent nicht für ihn bemüht und ihn aufklärt, so bleibt ihm in der Tat nichts anderes übrig, als die Auseinandersetzung der Gesellschafter unter einander abzuwarten und unter Berufung auf dieselbe das ziffernmäßige Resultat einzuklagen.

27) Planck Note 1 zu § 716. 28) Planck § 717 Note 2.

§ 10.

Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern.

Sie kann entweder dadurch entstehen, daß bei dem die Rechnungslegungspflicht begründenden Rechtsverhältnisse bereits ursprünglich mehrere Personen auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite oder auf beiden Seiten zugleich beteiligt sind oder späterhin durch Erbfolge ein Übergang der Berechtigung oder Verpflichtung auf eine Personenmehrzahl stattgefunden hat[1]).

I. Ist auf der Schuldnerseite eine Mehrheit beteiligt, so liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor, da die Leistungen der Auskunft ꝛc. unteilbar sind (§ 431 B.G.B.), es sei denn, daß jedem einzelnen Schuldner ein ganz bestimmtes Arbeitsgebiet zugewiesen ist, über das er Auskunft oder Rechenschaft zu geben hat; wenn z. B. von mehreren Mitvormündern der eine ein bestimmtes Teilvermögen a, der andere das Teilvermögen b zu verwalten hat, so besteht gegen jeden Vormund nicht dieselbe Obligation, sondern eine gesonderte, und von einem Gesamtschuldverhältnis ist nicht die Rede. Auf das Gesamtschuldverhältnis finden die §§ 421 ff. B.G.B. Anwendung, jedoch mit den durch die eigentümliche Natur der hier behandelten Rechte bedingten Modifikationen. Grundsatz ist, daß der ratio, der vollständigen Aufklärung, kein Abbruch geschehen darf. Gesetzt, ein Beauftragter hinterläßt zwei Erben. Nach § 422 Abs. 1 Satz 1 wirkt zwar die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner. Es heißt aber auch in § 421 Satz 2, daß bis zur Bewirkung der ganzen Leistung sämtliche Schuldner verpflichtet bleiben. Belangt nun der Auftraggeber den einen der Erben auf Auskunft oder Rechenschaft und wird ihm solche zuteil, so wird durch das Moment der Ungewißheit, welche zum Verlangen nach diesen Hilfen führt, in dem Geschäftsherrn der Zweifel angeregt, ob mit der ihm gegebenen Auskunft oder Rechenschaft die Verpflichtung voll ausgeschöpft war. Denn darauf kann es nicht allein ankommen, daß der eine das, was er zu sagen hatte, vollständig angab, sondern daß der Be-

1) Klewitz S. 41 Anm. 2.

rechtigte alles, was im Augenblicke der Klageerhebung geschehen war und was er hätte erfahren können, auch erfuhr. Die beiden Erben können, worauf doch der Berechtigte keinen Einfluß hat, bezüglich der Erfüllung ihrer Verpflichtung unabhängig von einander gehandelt und hierbei vielleicht zweckwidrige Maßnahmen getroffen, auch der eine ohne Wissen des anderen Geld vereinnahmt und ausgegeben haben. Es ist also in einem solchen Falle wegen der eigentümlichen Dehnbarkeit oder Nichtgeschlossenheit des Leistungsinhalts der Auftraggeber immer noch berechtigt, nach Auskunft und Rechenschaft des einen solche von dem anderen zu begehren. Nur wenn beide Schuldner gemeinschaftlich gehandelt haben oder sonst die Möglichkeit eines selbständigen Handelns ausgeschlossen ist und der gerade Belangte dies nachweist, sodaß neue Tatsachen nicht zu Tage treten können und andere Einnahmen und Ausgaben als die bereits angegebenen nicht denkbar sind, dürfte mit dem von dem einen Schuldner Mitgeteilten die ganze Leistung bewirkt und damit Befreiung des anderen eingetreten und das Gesamtschuldverhältnis erloschen sein. Hat also ein Auftraggeber gegen den Erben A geklagt und ist er mit der erhaltenen Auskunft oder Rechenschaft nicht zufrieden, weil möglicherweise auch B ein Novum berichten könnte, und wendet B auf die gegen ihn erhobene Klage ein, er habe gemeinschaftlich mit A gehandelt, so ist die zweite Klage abzuweisen. Beruft sich B aber lediglich darauf, daß ja schon A die Verpflichtung „erfüllt" habe, ohne unter Beweis zu stellen, daß seinerseits neue Mitteilungen ausgeschlossen seien, so muß eine Verurteilung erfolgen.

Nach § 423 B.G.B. wirkt ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß auch für die übrigen Schuldner, wenn die Kontrahenten das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten; ob solche Absicht vorlag, ist Auslegungsfrage.

Von den im § 425 Abs. 2 bezeichneten Tatsachen, welche in der Person nur eines Gesamtschuldners eintreten und nur für und gegen diesen wirken, sind besonders bemerkenswert die Unmöglichkeit der Leistung, die Vereinigung der Forderung mit der Schuld und das rechtskräftige Urteil. Eine objektive Unmöglichkeit der Erfüllung der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht gibt es in-

folge der sachlichen Unbestimmbarkeit des Inhalts dieser Verpflichtungen überhaupt nicht, denn schließlich bleibt immer noch die Auskunft und Rechenschaft möglich, daß nichts geschehen bezw. daß nichts vereinnahmt oder verausgabt ist. Die subjektive Unmöglichkeit ist, wie wir schon früher gesehen haben, bei dem hier behandelten Rechtsinstitut die Grenze für den Inhalt der Verpflichtung, sodaß also die Verpflichtung selbst nicht weiter reicht als die subjektive Möglichkeit für den Einzelschuldner, ihr nachzukommen. Infolge der Konsolidation kann niemand sein eigener Schuldner oder Gläubiger sein. Das hebt aber das Interesse des Berechtigten an der Durchführung seines Anspruchs gegen die übrigen Schuldner nicht auf. Das rechtskräftige Urteil, das den Berechtigten mit seiner Klage gegen den einen Schuldner abweist, schafft nicht zugleich Rechtskraft gegenüber den anderen Schuldnern, daher er noch die übrigen verklagen kann. Ebensowenig ist das aber der Fall, wenn das Urteil zu seinen Gunsten ergangen war. Er muß also, wenn er die gleiche Wirkung gegen die übrigen Schuldner erzielen will, entweder jeden von ihnen besonders oder zweckmäßiger alle zusammen solidarisch verklagen. Die auf Grund des Solidarurteils gegen einen Verurteilten durchgeführte Zwangsvollstreckung hindert den Berechtigten nicht, die gleichen Schritte auch gegen die übrigen solidarisch Verurteilten zu ergreifen, weil ja die Verurteilung zur Leistung nicht wie die Erfüllung wirkt. Von der Verjährung ist nur zu sagen, daß regelmäßig der Anspruch des Gläubigers gegen alle Gesamtschuldner gleichzeitig entsteht, demzufolge auch die Verjährung mit diesem Zeitpunkt zugleich gegen alle beginnt [2]). Theoretisch ist das zwar nicht notwendig stets der Fall, doch wird sich kaum z. B. ein bedingter Anspruch auf Auskunftserteilung und Rechenschaftsablegung denken lassen, so daß also die Verjährung zu Gunsten des bedingt Verpflichteten erst mit dem Eintritt der Bedingung zu laufen begänne.

II. Stehen einem oder mehreren Schuldnern mehrere Gläubiger gegenüber und ist diese Mehrheit eine Gesamtgläubigerschaft, so daß jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber

2) Planck § 425 Note 2d.

die Leistung nun einmal zu bewirken verpflichtet ist, so kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten. Das gilt auch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hat, B.G.B. § 428. Ein Gesamtgläubigerschaftsverhältnis nach § 428 tritt aber nur bei Vereinbarung oder in den durch das Gesetz bestimmten Fällen ein. Letzteres ist bezüglich der Auskunft usw. nicht der Fall, obwohl an sich mit der Auskunftserteilung oder Rechenschaftsablage des Schuldners an den einen Gläubiger seine Befreiung auch gegenüber den andern Gläubigern hätte ausgesprochen werden können. § 430 B.G.B., der das Verhältnis der Gesamtgläubiger zu einander behandelt, wäre dann so anwendbar, daß je nach dem Inhalt des dem Gesamtgläubigerverhältnis zu grunde liegenden Rechtsverhältnisses derjenige Gläubiger, der die Auskunft oder Rechenschaft erhalten hat, diese den übrigen Gläubigern mitteilen müßte und hierauf verklagt werden könnte. Die vertragliche Eingehung eines Verhältnisses gemäß § 428 B.G.B. mit dem Recht auf Auskunft oder Rechenschaft als Objekt dürfte kaum vorkommen. In der Regel wird also § 432 Abs. 1 Satz 2 Platz greifen: „Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern." Klewitz S. 41, 42 behauptet für das Gemeine Recht, daß jeder Gläubiger für sich besondere Rechnungsstellung verlangen könne. Er folgert dies aus dem Wesen des Rechtsinstituts, dessen Zweck unter anderem darin bestehe, dem Berechtigten das Material zur Begründung seiner eventuellen materiellen Ansprüche zu gewähren. Solle dieser Zweck erreicht werden, so müsse der einzelne Gläubiger unabhängig von den konkurrierenden Befugnissen der Mitberechtigten für sich gesondert Rechnungsablage fordern dürfen, andernfalls sei die Möglichkeit vorhanden, daß er infolge Weigerung oder Passivität eines anderen Gläubigers, sei es hinsichtlich der Mitwirkung zur Klageanstrengung oder Entgegennahme der Rechnung, jene Ansprüche garnicht oder doch nur mangelhaft prozessualisch substantiieren könne. Demnach könne sich der Schuldner, der dem einen der Gläubiger Rechnung gestellt habe, sich hierauf

einem anderen Gläubiger gegenüber, welcher für sich gleichfalls Rechnungsablage beanspruche, nicht berufen.

Dieser Weg ist für den einzelnen Gläubiger sehr vorteilhaft, insbesondere macht er den vom R.G. Bd. 20 S. 318 mit Recht als seltsam bezeichneten Umweg entbehrlich, daß der Kläger erst gegen seine Genossen ein Urteil darüber erstreiten müsse, daß sie schuldig seien, von dem gemeinschaftlichen Schuldner Rechnungslegung zu verlangen. Ferner beseitigt dieser Weg die üble Konsequenz, die sich für den einzelnen Gläubiger daraus ergibt, daß die anderen aus Eigensinn, Indolenz oder egoistischen Motiven sich weigern, an der Geltendmachung des Anspruchs sich zu beteiligen, wobei übrigens die Frage noch rechtlich zweifelhaft wäre, ob sich in allen Fällen eine Klage gegen die renitenten Mitgläubiger auf Geltendmachung ihrer Rechte konstruieren ließe.

Indessen ist die von Klewitz aufgestellte Theorie zu radikal. Der Schuldner kann auf diese Weise mit einer Menge von Prozessen überschüttet werden, in deren Verlauf er doch nur jedem Gläubiger stets dasselbe sagen kann. Die Billigkeit erfordert es aber, daß das Interesse des Schuldners nicht gar zu sehr vor der äußersten, aus dem Wesen des Rechtsinstituts sich ergebenden Konsequenz zurückgesetzt wird. Dennoch ist die von der älteren preußischen Praxis vertretene Auffassung, wonach nur die Gesamtheit der Gläubiger Rechnungslegung verlangen könne — nur dieser Modus wäre der vollkommene Gegensatz zu der Klewitz'schen Theorie — nicht zur Herrschaft gelangt, vielmehr hat sich die spätere preußische Judikatur, so insbesondere die Entscheidung des Obertribunals Bd. 22 S. 136 hier auf den Standpunkt gestellt, daß der einzelne Gläubiger Rechenschaft verlangen könne, jedoch hat sie dieses Recht des Einzelnen dahin beschränkt, daß er nur Rechnungslegung an die Gesamtheit fordern dürfe[3]). Diesen Standpunkt hat für das preußische Recht auch die zitierte Entscheidung des R.G. Bd. 20 S. 312—325 eingenommen. Auch im B.G.B. § 432 ist er vertreten. Denn dort heißt es ausdrücklich nicht nur, daß der Schuldner an alle gemeinschaftlich leisten könne, sondern auch, daß jeder Gläubiger

3) Cfr. Klewitz S. 42 Anm. 1.

nur die Leistung an alle fordern dürfe. Damit ist das Klagerecht des einzelnen Gläubigers anerkannt. Zum Überfluß wird das auch durch den Absatz 2 bestätigt, wo gesagt wird: „Im übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger". Zu diesen Tatsachen gehört auch ein rechtskräftiges Urteil, das einer der Gläubiger gegen den Schuldner erstritten hat.

Mit der Leistung an die Gesamtheit der Gläubiger ist nun zwar nicht die Unbilligkeit beseitigt, daß der Schuldner in die Lage kommen kann, sich so viel Prozessen unterziehen zu müssen, als Gläubiger vorhanden sind, aber eine erhebliche Abweichung von dem von Klewitz für das Gemeine Recht aufgestellten Satze besteht doch, wiewohl Klewitz selbst nicht darauf hinweist: bei schrankenloser Anerkennung des Individualrechts des einzelnen Gläubigers, ohne Rücksicht auf die übrigen Gläubiger und auch auf den Schuldner Auskunft und Rechenschaft zu verlangen, wäre letzterer verpflichtet, die Kosten jedes einzelnen Prozesses zu tragen. Nach heutigem Recht dagegen muß dem zweiten und jedem weiteren Gläubiger, der mit dem Antrage klagt, den Schuldner zur Auskunftserteilung oder Rechenschaftsablage an die Gesamtheit der Gläubiger zu verurteilen, auf Antrag des Beklagten die Kostenlast auferlegt werden, selbst dann, wenn er nicht weiß, ob vor ihm schon ein anderer Gläubiger die gleiche Klage erhoben hat; denn es ist seine Sache, sich durch Anfrage bei der Gesamtheit vorher darüber zu vergewissern, ob der Schuldner schon einem von ihr Auskunft erteilt habe. Stößt er aber bei dieser Erkundigung auf Passivität oder wird ihm direkt die Unwahrheit gesagt, so darf der Schuldner, welcher der Anhängigmachung einer Reihe von Klagen ausgesetzt ist, hierunter nicht leiden, der Kläger kann sich wegen des Ersatzes der ihm auferlegten Prozeßkosten vielmehr nur an seine Gewährsmänner halten. Aus dem verurteilenden Erkenntnis selbst kann der klagende Gläubiger natürlich die Zwangsvollstreckung betreiben, aber selbstverständlich kann ihm der Schuldner in der Exekutionsinstanz die Einwendung der Erfüllung eines früheren Urteils, also eine Einwendung, welche den durch das zweite oder fernere

Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft, gemäß § 767 Z.P.O. entgegenhalten. Dieser Umstand sowie die Unsicherheit des Gläubigers, daß er nie mit Bestimmtheit wissen kann, ob nicht schon vor ihm ein anderer Mitgläubiger Klage erhoben hat und ihm deshalb die Kostenlast droht, wird für den Schuldner tatsächlich meist ein Schutz vor überflüssigen und lästigen Klagen sein.

---

§ 11.

Zurückbehaltungsrecht.

Ein Zurückbehaltungsrecht setzt nach der Regel des § 273 B.G.B. voraus, daß der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat; alsdann kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird. § 274 Abs. 1 verordnet weiter, daß gegenüber der Klage des Gläubigers die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung hat, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist.

Das wesentlichste Element ist, daß die beiden Leistungen, die einander gegenübertreten, aus demselben rechtlichen Verhältnis erwachsen sein müssen. Das kann man gewiß von der Verpflichtung zur Veräußerungsauskunft und der Verpflichtung zur Leistung des Entgelts für die Veräußerung behaupten. Klagt ein Käufer oder sonst jemand, der entgeltlich erworben hat (§§ 444, 445 B.G.B.), auf Auskunft über die rechtlichen Verhältnisse des veräußerten Gegenstandes, so kann der Verkäufer ꝛc. die Auskunft verweigern, wenn der Kläger den Kaufpreis noch nicht bezahlt hat. Es dürfte kaum ein Anlaß vorliegen, von der regelmäßigen Anwendung des Zurückbehaltungsrechts in diesem Falle deshalb abzuweichen, weil eine Zurückbehaltung der Auskunftsleistung dem Wesen und Zweck der Auskunftspflicht zuwiderliefe. Gerade bei der Veräußerungsauskunft läßt sich

ohne sonderliche Schädigung des Erwerbers die Regel durchführen. Jedenfalls wird man, wenn man von der rechtlichen Voraussetzung ausgeht, der Verkäufer, der die Auskunft retiniere, müsse seinerseits den gekauften Gegenstand tradieren, schwerlich mit Erfolg mit der Erwägung operieren können, daß, wo sich die Notwendigkeit einer Auskunft über die rechtlichen Beziehungen der Kaufsache herausstellt, der Verkäufer „seine geistigen Beziehungen zum Kaufgegenstand", d. i. seine Kenntnis der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse der Sache noch mit zu tradieren habe. Das ist nur ein Bildnis, um das Wesen der Veräußerungsauskunft zu veranschaulichen, aber nicht etwa eine juristische Konstruktion.

Beim Mandat gewährt Oertmann § 669 Note 3b dem Mandatar das Recht einzuwenden, der Mandant habe den geforderten Vorschuß (§ 669 B.G.B.) noch nicht gezahlt [1]). Der Beauftragte kann bis zur Leistung des verlangten Vorschusses die Ausführung des Auftrages aussetzen. Unbedenklich kann man mit der Zulassung des Zurückbehaltungsrechts einverstanden sein, sofern bei Übernahme des Auftrags der Beauftragte dem Auftraggeber erklärt hat, er verlange Vorschuß und werde vor Leistung desselben mit der Ausführung des Geschäfts nicht beginnen. Klagt der Geschäftsherr trotz Verweigerung des Vorschusses auf Auskunft, obwohl er doch keine andere erwarten kann als die, daß noch nichts geschehen sei, so wird zwar der Beklagte Zug um Zug zur Erteilung der Auskunft verurteilt, weil er möglicherweise doch etwas unternommen hat; der Kläger muß sich aber gefallen lassen, daß ihm nach Zahlung des Vorschusses die geschilderte nichtssagende und doch als Urteilserfüllung geltende Auskunft zuteil wird. Der Effekt ist also für ihn derselbe, als wenn er den Vorschuß gleich gezahlt hätte. Es ist aber auch denkbar, daß über die Zahlung eines Vorschusses überhaupt nicht gesprochen wurde, der Beauftragte vielmehr das Geschäft begonnen, vielleicht auch dem Mandanten die bisher erforderlich gewesenen Nachrichten gegeben hat und erst später mit dem Ver-

1) Die Vorschußleistung ist klagbar. Planck § 669 Note 1, Dernburg Bürgerl. Recht Bd. 2 § 297, Oertmann § 669 Note 3a.

langen nach Vorschuß hervortritt. Nachdem das Geschäft nunmehr begonnen und vorgeschritten ist, halte ich es für zweifelhaft, ob dem Beauftragten die Einrede zusteht; denn man kann, glaube ich, mit Recht sagen, daß nach den obwaltenden Umständen der Geschäftsführer die Leistung eines Vorschusses gestundet hat, bis zu dem Augenblicke nämlich, wo er tatsächlich Vorschuß verlangt. Man denke doch an den Fall, daß er aus eigenen Mitteln die Auslagen der Geschäftsführung bestreiten wollte, dann aber hierzu sich außerstande sah und nun doch den Auftraggeber in Anspruch nehmen muß. Im übrigen steht es dem Mandatar frei, sein Recht auf Vorschußleistung im Wege der Widerklage geltend zu machen.

Andere Leistungsverpflichtungen des Auftraggebers, die der Beauftragte ihm zur Begründung eines Retentionsrechts entgegensetzen könnte, als diejenige auf Zahlung eines Vorschusses, wird es kaum geben. Außerdem ist für Fälle des § 675 (Geschäftsbesorgung bei Dienst- und Werkverträgen) der § 669 nur dann anwendbar, wenn die Aufwendungen nicht durch die auf Grund des Vertragsverhältnisses zu leistenden Vergütungen abgegolten sein sollen[2]).

Die Verpflichtung des Auftraggebers zum Ersatze der Aufwendungen, die der Beauftragte gehabt hat und den Umständen nach für erforderlich halten durfte, ist zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber der Klage auf Rechenschaft nicht geeignet. Nach Dernburg Bürgerl. Recht Bd. I, 1 § 57, Note 3 a S. 124 greift solches deshalb nicht ein, weil dadurch der mit dem Anspruch beabsichtigte Zweck unbilligerweise vereitelt wird, der Rechenschaftspflichtige sonst auch in der Lage wäre, das für den Gläubiger etwa bestehende Recht zur Aufrechnung von Forderung und Schuld zu nichte zu machen[3]). Der Beauftragte soll die Rechnung nicht vertagen können, bis ihm der Ersatz der Aufwendungen zuteil wurde (Dernburg a. a. O.). Ebenso Planck § 273 Note 2 aβ 1. Abs. a. E., Staudinger Bd. II, Note II 1c zu § 273.

2) Neumann § 666 Note 3.
3) Schlegelberger S. 157.

Unbenommen bleibt es ihm, die Aufwendungen in der dem Auftraggeber mitzuteilenden Rechnung zu verbuchen und dadurch eine Verrechnung mit den etwa erzielten Einnahmen herbeizuführen.

Klagt der auf Auskunft oder Rechenschaft Berechtigte nicht hierauf selbst, sondern auf die materielle Leistung aus dem seinem Hilfsrecht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis, so darf der Verpflichtete die materielle Leistung, wie schon anderweitig hervorgehoben, selbstverständlich nicht zurückhalten, weil er noch nicht Auskunft oder Rechenschaft abgelegt habe, denn ein Recht hierauf steht ihm nicht zu.

Klewitz S. 35 (§ 11 sub II) proponiert den eigentlich garnicht hierher gehörigen Fall[4]), der Geschäftsführer verlange vor der Rechnungsablage Befriedigung wegen einer materiellen Leistung, und fragt, ob der Geschäftsherr dieselbe mit Berufung darauf retinieren könne, daß noch nicht Rechnung gelegt sei. (Z. B. der Mandatar klagt auf Ersatz seiner Aufwendungen und der Auftraggeber retiniert seine Leistung aus dem genannten Grunde.) Die Antwort muß nach dem Tatbestand, so wie er zunächst in der Frage angegeben ist, entschieden verneinend lauten, da die Begründung des Geschäftsherrn, es sei ihm noch nicht Rechnung gelegt, den Zweifel offen läßt, ob er auch die Rechnungslegung verlangt habe; denn ohne Aufforderung keine Verpflichtung zur Rechnungslegung. Klewitz S. 36 bringt nun aber in der Begründung seiner gegenteiligen Ansicht ein neues Tatbestandsmoment hinein, das allerdings die Bejahung der von ihm gestellten Frage rechtfertigt. Er unterstellt nämlich, daß der Geschäftsführer die Rechnungsstellung grundlos verweigert habe. Demnach ist der Tatbestand so denkbar: der Geschäftsherr hat zuerst auf Rechnungslegung, verbunden mit der Klage auf Herausgabe des etwa zu seinen Gunsten lautenden Saldos geklagt. Da dem Geschäftsführer das Zurückbehaltungsrecht hiergegen wegen seiner Aufwendungen nicht zusteht (s. oben Dernburg), so hat er entweder Widerklage in demselben Prozeß oder

4) Deshalb nicht, weil nicht die Leistung der Rechenschaftsablage retiniert wird.

unmittelbar darauf Klage erhoben auf Ersatz seiner Aufwendungen. Auf die erste Klage wird der Geschäftsführer durch Teilurteil zur Rechnungslegung und nachdem zur Herausgabe des dem Kläger eventuell zukommenden Saldos schlechthin verurteilt (nicht: Zug um Zug gegen Ersatz seiner Aufwendungen). Auf die zweite Klage oder Widerklage erfolgt Verurteilung des Geschäftsherrn auf Ersatz der Aufwendungen gegen Rechnungsstellung durch den Kläger. Die Berücksichtigung des vom Geschäftsherrn erhobenen Einwandes erklärt Klewitz mit der Erwägung — und dieser kann man beipflichten —, man sei in einem solchen Falle zu der Annahme berechtigt, daß der Geschäftsführer seine durch die genaue Kenntnis der Verhältnisse geschaffene vorteilhaftere Position zum Nachteil des Geschäftsherrn benutzen wolle, um demselben die Möglichkeit einer Aufrechnung zu erschweren, wenn nicht gar zu nehmen. Es erscheine daher der Einwand des Zurückbehaltungsrechts aus dem Gesichtspunkt der exceptio doli begründet.

Zweifelhaft ist die Zulässigkeit eines Zurückbehaltungsrechts im Gesellschaftsrecht. Hier fragt es sich auch, ob die für gegenseitige Verträge gegebenen allgemeinen Bestimmungen der §§ 320 ff. B.G.B. auf den Gesellschaftsvertrag Anwendung finden[5]), von denen uns in diesem Zusammenhange nur der § 320 Abs. 1 Satz 1 und § 322 interessiert, weil ersterer ein ähnliches Leistungsverweigerungsrecht statuiert wie das Zurückbehaltungsrecht des § 273 und der § 322 in gleicher Weise die Wirkung der Verweigerung in eine Verurteilung zur Leistung Zug um Zug setzt.

Die generelle Anwendbarkeit dürfte trotz Meinungsverschiedenheiten in der Literatur nicht zu bezweifeln sein. Jedoch leugnet sie Planck[6]), wenn bei einer Gesellschaft, die nur aus zwei Personen besteht, die Verpflichtung des anderen Gesellschafters auf besonders hinzutretende Umstände gegründet ist wie eben bei der Rechenschaftspflicht. Dieses Element, das der Wirksamkeit der Einrede aus § 320 hindernd entgegentreten soll, kann nur die innerliche Zweckbestimmung des Rechtsinstituts der Auskunft

5) Dagegen Klewitz S. 37.
6) Bd. II Vorbem. zum 14. Titel sub IV 1a.

und Rechenschaft sein, die Aufklärung durch den Verpflichteten unter allen Umständen durchzusetzen; sie ist das höhere Prinzip, gegen welches sogar das im § 320 aufgestellte Prinzip der Billigkeit [7]) zurücktreten muß. Ganz dasselbe gilt auch für den § 273 B.G.B., denn die Einrede aus § 320 ist ein potenziertes, auf Verträge zugeschnittenes Zurückbehaltungsrecht [8]). Richtig ist daher die Entscheidung des R.O.H.G. Bd. 16 S. 48, wonach die Einwendung des auf Rechnungslegung belangten Gesellschafters, der Kläger sei seinerseits zur Rechnungslegung verpflichtet, weder die Retentionseinrede noch die Einrede des nicht erfüllten Vertrages begründet.

Ob ferner die Gesellschaft nur aus zwei Personen besteht oder mehrere Mitglieder hat, ist unerheblich. Es tritt bei einer größeren Mitgliederzahl höchstens noch die erschwerende Komplikation hinzu, daß der geschäftsführende Gesellschafter die Auskunft oder Rechenschaft nicht nur an den Gesellschafter, der gerade darauf klagt, sondern an die Gesamtheit der Gesellschafter, d. h. an alle zusammen zu leisten hat. Durch Geltendmachung der Retentionseinrede würde er also in die Rechte der anderen Gesellschafter eingreifen. Nehmen wir an, jeder von ihnen sei zur Geschäftsführung befugt, jeder also dann auch dem anderen auskunfts- und rechenschaftspflichtig. Klagt nun der Gesellschafter A gegen B auf Auskunft oder Rechenschaft, ohne seinerseits die ihm obliegenden gleichen Verpflichtungen erfüllt zu haben (was sich natürlich übrigens nicht auf dasselbe Geschäft, sondern nur auf ein früheres beziehen kann), so wäre die Retentionseinrede zwar an sich denkbar, da die beiden gegenseitigen Ansprüche auf demselben Boden des Gesellschaftsvertrages erwachsen sind. Wollte man aber die Einrede zulassen, so wäre ein Gesellschafter C und jeder weitere Gesellschafter genötigt, selbst zu klagen, um über den Erfolg des vom Beklagten B ausgeführten Geschäfts etwas zu erfahren, wenn die Parteien die Zug-um-Zugleistung verweigern oder verzögern. Hätten gar alle die anderen Gesell-

7) Die exceptio non adimpleti contractus ist eine exceptio doli generalis.

8) Oertmann Note 3 zu § 320.

schafter, die es unternahmen, den B ihrerseits zu verklagen, weil er dem zuerst klagenden A mit Erfolg die Retentionseinrede entgegenhalten durfte, selbst vor Klageerhebung Geschäfte für die Gesellschaft abgeschlossen, ohne darüber Auskunft gegeben und Rechenschaft erstattet zu haben, so wäre B in der Lage, alle Klagen mit jener Einrede dilatorisch zu behandeln. Es liegt aber nicht im Interesse einer gedeihlichen Entwickelung des geschäftlichen Lebens innerhalb der Gesellschaft, kann dasselbe sogar unter Umständen vollständig lahm legen, wenn der Bericht über abgeschlossene Geschäfte sollte verzögert werden können und immer nur gerade derjenige Gesellschafter klagen dürfte, gegen den die Retentionseinrede unmöglich ist, weil er selbst kein Geschäft für die Gesellschaft geführt hat, also auch darüber nicht Rechenschaft abzulegen braucht.

Nicht anders liegt die Sache, wenn auch nur einem der Gesellschafter die Retentionseinrede entgegengehalten werden dürfte. Die Befugnis zur Einbehaltung der Leistung ist wohl ein Umstand, der de jure nur in der Person des betreffenden Gläubigers (klagenden Gesellschafters) wirkt, aber de facto werden alle übrigen Gesellschafter in Mitleidenschaft gezogen, weil sie erwarten konnten, daß der Kläger seinerseits Rechenschaft abgelegt hatte und dadurch für seine Klage freie Bahn schuf, worauf er die gewünschte Auskunft oder Rechenschaft erhalten hätte, die ja nach der Formulierung des Klageantrages sämtlichen Gesellschaftern zu gute kommen muß. In der Erwartung, an dieser Kenntnis teilzunehmen, sehen sie sich aber getäuscht, wenn dem beklagten Mitgesellschafter das Zurückbehaltungsrecht gestattet würde, und sie handelten praktischer, wenn der eine oder andere von ihnen, dem gegenüber die Retentionseinrede nicht durchdringt, einen neuen Prozeß anstrengte, als wenn sie abwarteten, ob Kläger und Beklagter sich zu den ihnen obliegenden Leistungen bequemen; denn das kann länger dauern als die Durchführung eines neuen Prozesses. Aber schon die Aussicht auf einen solchen genügt sicherlich, um das Retentionsrecht nicht zuzubilligen.

Knoke, Recht der Gesellschaft S. 43 (Fischer's Abhandlungen Bd. 7) versagt dem auf Rechnungslegung belangten

Gesellschafter das Zurückbehaltungsrecht gleichfalls und begründet seine Ansicht damit, daß der Anspruch auf Rechnungslegung außer dem Gesellschaftsvertrage noch ein anderes Tatbestandselement, die Führung der Geschäfte, voraussetze; damit entfalle aber der synallagmatische Charakter der Verpflichtung. Dieser Gesichtspunkt ist jedoch nach der zutreffenden Ausführung Isay's S. 161 bedeutungslos, denn Voraussetzung des Zurückbehaltungsrechts ist lediglich die Einheit des Rechtsverhältnisses. Andererseits erkennt Isay S. 162 nur ein beschränktes Zurückbehaltungsrecht des Geschäftsführers an; dieser dürfe nicht jede von ihm geschuldete Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, sondern sein Recht beziehe sich nur auf die Herausgabe der aus der Geschäftsführung in seinen Händen befindlichen Gegenstände, es sei also nur in dem beschränkteren Sinne des § 273 Abs. 2 ein Zurückbehaltungsrecht und habe eine pfandrechtartige Natur. Diese Beschränkung erscheint mir unbegründet. Auch Handlungen können Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts sein und die Ansprüche auf Auskunftserteilung und Rechenschaftsablage sind ebenso auf dem Boden des Rechtsverhältnisses des Mandats ꝛc. erwachsen wie die Ansprüche des Mandanten, des aus der negotiorum gestio Berechtigten, des Gesellschafters usw.

Klewitz S. 37/38 versucht, aus dem Wesen des auf Treu und Glauben aufgebauten Sozietätsverhältnisses einen Grund dafür zu entnehmen, um der Einrede Wirksamkeit zuzusprechen. Jeder Sozius erwarte von seinem Mitgesellschafter, daß dieser seiner Pflicht während der Dauer der Gesellschaft in vollem Umfange genügen werde; im Vertrauen hierauf schließe er den Vertrag ab und übernehme für seine Person die entsprechenden Pflichten. Klewitz meint sogar, es liege die Annahme nicht weit, daß die Erfüllung der Sozietätspflichten seitens des einen Sozius nach dem stillschweigenden Willen der Paziszenten davon abhängen solle, daß auch der andere während der Dauer der Sozietät zu deren Erfüllung bereit sei. Unter diesen Erwägungen erscheine das Verlangen eines Gesellschafters auf Rechnungsablage nur unter der Voraussetzung gerechtfertigt, daß er auch

seinerseits gewillt wäre, Rechnung zu stellen. Eine Weigerung in dieser Beziehung involviere einen Verstoß gegen die Vertragstreue und begründe deshalb wohl die Einrede des dolus. Wir entscheiden im entgegengesetzten Sinne, denn wir sind überzeugt, daß ebenso häufig wie der beklagte Gesellschafter die Rechenschaft verweigert, weil er in seinem bei Eingehung des Vertrages bekundeten Vertrauen getäuscht sei, kleinliche Chikane und mangelhafter Sinn für das Gesamtwohl der Gesellschaft der Beweggrund für die Geltendmachung der Einrede sein wird. Ideale und nicht ideale Gründe werden sich da wohl die Wage halten. Wir begründen unsere entgegengesetzte Auffassung wie oben mit dem Hinweise auf die außerordentliche Natur der Ansprüche auf Auskunft und Rechenschaft, die fähig sein müssen, bei ihrer Durchsetzung alle Hindernisse aus dem Prinzip der Billigkeit sowie demjenigen von Treu und Glauben im Verkehr zu beseitigen, wenn anders sie nicht nur Schattenrechte sein sollen.

---

§ 12.

Verjährung.

Als Anspruch, d. i. nach der Legaldefinition des § 194 B.G.B. als ein Recht, von einem anderen ein Tun (oder Unterlassen) zu verlangen, unterliegt die Befugnis, Auskunft und Rechenschaftsablage zu fordern, der Verjährung. Die Frist ist in Ermangelung einer besonderen Bestimmung die regelmäßige von 30 Jahren (§ 195 B.G.B.). Die Verjährung tritt gleichzeitig mit derjenigen des Hauptanspruchs ein, der durch die Auskunft oder Rechenschaft vorbereitet wird oder als dessen Annex sich das Auskunftsrecht darstellt [1]).

Eine besondere Betrachtung erfordert der Zeitpunkt des Beginns der Verjährungsfrist. Nach § 198 B.G.B. entscheidet die Zeit der Entstehung des Anspruchs. Wann entsteht dieser? Aus

1) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. II S. 82/83: Das Hilfsrecht der Auskunft ist an das Bestehen des Hauptanspruchs gebunden.

der Antithese zwischen Auskunft und Rechenschaft im § 666 B.G.B. folgt für die Geschäftsführungsauskunft negativ, daß die Verjährungsfrist selbstverständlich nicht mit der Beendigung des betreffenden kontraktlichen oder kontraktähnlichen Rechtsverhältnisses, auch nicht mit der Beendigung des in Angriff genommenen Geschäfts zu laufen beginnt, da zu einem dieser letzteren beiden Zeitpunkte bereits die Rechenschaftspflicht einsetzt und von ihm, wie später erörtert werden soll, der Fristenlauf für die Verjährung des Anspruchs auf Rechenschaftsablage datiert. Beide Verjährungen gehen selbständig neben einander her, da auch die Ansprüche selbst in keinem Abhängigkeitsverhältnis zu einander stehen, insbesondere die Auskunft nicht etwa als notwendiger Vorläufer der Rechenschaft gedacht ist. Daher kann die Verjährung des Auskunftsanspruchs schon eingetreten sein, noch ehe überhaupt die Verpflichtung zur Rechenschaftsablage fällig geworden ist, weil das Geschäft noch nicht ausgeführt bezw. sonst erledigt wurde. Dies hat allerdings für den Auftraggeber oder Geschäftsherrn das Mißliche im Gefolge, daß er leicht auch an der Geltendmachung des Anspruchs auf Rechenschaft verhindert werden kann: eine Klage auf Auskunft, ob die Voraussetzung des Rechenschaftsanspruchs, die Ausführung des Geschäfts, erfüllt sei, ist ihm durch die Verjährung verschlossen, und der Beauftragte oder Geschäftsführer kann doch auch die gewiß als erforderlich zu betrachtende Mitteilung hiervon unterlassen, es sei denn, daß der Berechtigte von einem Dritten diese Nachricht erhält oder die Tätigkeit des anderen selbst kontrolliert und auf Grund der so gewonnenen Kenntnis durch Klageerhebung die Verjährung des Anspruchs auf Rechenschaftsablage unterbricht.

Andererseits braucht noch keine Verjährung des Auskunftsanspruchs eingetreten zu sein, es ist aber das Geschäft bereits beendet worden, sodaß die Verjährung des Anspruchs auf Rechenschaftsablage schon im Fluß ist. Getreu dem obigen Grundsatz von der Selbständigkeit beider Ansprüche in ihrem Verhältnis zu einander müssen wir feststellen, daß trotz des Eintritts der Voraussetzung für den Beginn der Verjährung des Rechenschaftsanspruchs der Anspruch auf Auskunft dem Berechtigten erhalten

bleibt. Es reicht vollkommen aus, daß diese nur dahin lautet, das Geschäft sei ausgeführt; denn nunmehr ist der Berechtigte in der Lage, Rechenschaft zu fordern. Wird ihm freilich die Auskunft verweigert und erfährt er auch sonst nicht die Beendigung des Geschäfts, sodaß er auf Rechenschaft klagen könnte, so setzt sich die Verjährung des Anspruchs auf Rechenschaft bis zur Vollendung ungestört fort und der Berechtigte ist dann nur noch auf Geltendmachung des etwaigen Hauptanspruches angewiesen, dessen Substantiierung ihm obliegt, aber gerade wegen mangelnder Rechenschaft schwer fallen wird, wenn nicht unmöglich ist. Dagegen ist es undenkbar, daß zu der Zeit, zu welcher die Auskunftsverjährung noch läuft, die Verjährung der Rechenschaft bereits vollendet sei, da die erstere früher einsetzt als die letztere und für beide gleichermaßen die Frist von 30 Jahren gilt.

Wie ist nun positiv der Anfangstermin der Verjährung des Auskunftsanspruchs zu bestimmen? Entscheidet die Begründung des betreffenden Rechtsverhältnisses oder der Beginn der Tätigkeit? Letzteres scheint unzweifelhaft bei der negotiorum gestio (§ 681 B.G.B.) zuzutreffen, da bei dieser begrifflich sich alle Rechtsfolgen an ein Handeln knüpfen [2]). Bei Erörterung dieser Frage entsteht das Bedenken, ob denn gerade bei dem als Vorbild gedachten Mandat die Auskunftspflicht schon mit der Begründung des zur Ausführung des Auftrages verpflichtenden Vertrages gegeben ist oder erst dann eintritt, wenn infolge des Vertragsschlusses der Beauftragte mit der Realisierung des Geschäfts beginnt [3]). Auf Grund der Abhandlung von Isay [4]) könnte

2) Folgt der Übernahme der Geschäftsführung, welche sich als Beginn der Ausführung darstellt, die Durchführung (Vollendung) unmittelbar auf dem Fuße, so ist noch, aber nur noch die Auskunft möglich, daß das Geschäft ausgeführt sei, weil der Geschäftsherr darüber im Ungewissen sein kann. Diese Auskunft gehört, wie schon im Kapitel II gesagt, mit zu den über „den Stand des Geschäfts" zu erteilenden Auskünften.

3) Beide Momente können zeitlich zusammenfallen, sofern die zum Vertragsschluß erforderliche zustimmende Willenserklärung des Beauftragten durch die konkludente Handlung der Ausführung des Auftrags erkennbar wird.

4) Geschäftsführung § 1 S. 23: Nicht der Auftrag, sondern die Geschäftsführung bildet das erzeugende Moment der hier in Frage kommenden

man die gestio selbst für das obligationsbegründende Moment erachten, während der vertragliche Zwang nur auf die Herbeiführung der gestio gerichtet sei, eine Theorie, der gewiß zugegeben werden kann, daß sie sehr bestechend wirkt. Indessen sagt Isay selbst S. 20 a. a. O., daß dieser Satz bisher nicht zur Anerkennung gelangt sei [5]) und daß alle im 10. Titel des VII. Abschnitts des Rechts der Schuldverhältnisse entwickelten Rechtssätze dargestellt würden als Rechtsfolgen, die gleichmäßig aus dem Auftragsverhältnis entsprängen. Zu den daselbst entwickelten Rechtssätzen gehört auch die in § 666 statuierte Auskunftspflicht, bezüglich deren die Motive Bd. I S. 537 zu § 591 Entw. I ausdrücklich als selbstverständlich bemerken, daß sie aus dem Wesen des Auftragsverhältnisses von selbst folge.

Man könnte das Bedenken äußern:

Soweit nur eine Geschäftsführung kraft Auftrages in Frage komme, möge man sich vielleicht über den Meinungsstreit hinwegsetzen. Wie man sich aber für den Fall der negotiorum gestio die in § 681 Satz 2 B.G.B. vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 666 zu denken habe, wenn die Auskunftspflicht ein unmittelbarer Ausfluß des Mandatsvertrages sein solle, erscheine nicht klar. Folge die Auskunftspflicht unmittelbar aus dem Vertrage, d. h. also beginne die Verjährung mit dem Vertragsschluß, so hieße das bei Übertragung auf die auftragslose Geschäftsführung, es solle die Verjährungsfrist zu laufen beginnen mit der Begründung dieses Verhältnisses. Das sei doch aber nur eine äußerliche Übereinstimmung, während sich die entsprechende Anwendung vor allem innerlich rechtfertigen lassen solle. An dieser innerlichen Rechtfertigung mangele es aber; denn das Rechtsverhältnis der negotiorum gestio gründe sich ja gerade auf ein tatsächliches Eingreifen in eine fremde Interessensphäre und es fehle an einem dem Auftragsverhältnis korrespondierenden Moment, das den gestor zu seinem Eingriff verpflichtet, an

---

Verpflichtungen; ferner S. 19: Der Vertrag reicht nicht aus, um die Rechtssätze, welche hier in Frage kommen, zu erzeugen.

5) Ein Gegner ist u. a. Planck Bd. II S. 653 Vorbemerkungen zum 10. Titel des VII. Abschnitts des Rechts der Schuldverhältnisse.

einem Moment, das begrifflich und zeitlich von dem Tun sich unterscheide. Die entsprechende Anwendung lasse sich also, wenn man an der herrschenden Lehre festhalte, garnicht durchführen, und es sei allerdings nach Isays „richtiger" Bemerkung (a. a. O.) ein in der geschichtlichen Entwicklung begründeter Fehler im System des B.G.B., das Mandat zum Ausgangspunkt für die Regelung des Instituts der negotiorum gestio zu nehmen, statt daß es sich umgekehrt an das Faktum der begonnenen Geschäftsführung halte und für den Anspruch auf Auskunft die entsprechende Anwendung der bei der negotiorum gestio getroffenen Regelung auf das Mandat anordne.

Darauf läßt sich erwidern:

Es ist nun einmal im B.G.B. positiv die von Isay reprobierte geschichtliche Entwicklung zur Geltung gelangt, daß vom Mandat ausgegangen wird. Freilich ist die Anwendbarkeit der Regeln des Mandats nur soweit auszudehnen, als es sich mit der Natur der negotiorum gestio verträgt. Demzufolge ordnet ja § 681 B.G.B. auch nur die entsprechende Anwendung an, und gleichgiltig ist hierfür der aus der Natur der negotiorum gestio als selbständigen Rechtsinstituts folgende Umstand, daß erstmaliges faktisches Eingreifen in eine fremde Interessensphäre und Begründung des Rechtsverhältnisses zusammenfallen. Alle weiteren Versuche, die auftragslose Geschäftsführung dem Mandat anzunähern, laufen schließlich nur darauf hinaus, in die negotiorum gestio den Vertragscharakter hineinzuinterpretieren, der ihr durchaus nicht zukommt.

Nun ist man nicht befugt, den Rückschluß zu machen: wie bei der negotiorum gestio die Begründung des Rechtsverhältnisses Anfangspunkt der Verjährung sei, so sei das auch beim Mandat der Fall; denn mit demselben Rechte könnte man das von dem tatsächlichen Eingreifen in fremdes Interessengebiet sagen. Es bleibt vielmehr nur übrig, für das Mandat nach einem selbständigen Entscheidungsgrund zu suchen. Maßgebend ist da nun das Bedürfnis nach einem objektiven Zeitpunkt, der sich unter allen Umständen sicher ermitteln läßt und von dem ab die Verjährungsfrist unter Ausschluß aller Zweifel berechnet werden

kann. Der Beginn des Handelns auf Grund des Auftrages erscheint objektiv genug, aber er deckt doch nicht den Fall, daß der Anspruch auf Erkundigung darüber gerichtet ist, ob die vertraglich übernommene Geschäftsführung begonnen habe. Gerade dasjenige Moment also, das Isay als absolut festen Zeitpunkt ansieht, kann zweifelhaft sein, taugt mithin nicht als Anfangspunkt für die Verjährung.

Hierbei aber erhebt sich wieder das Bedenken, daß der Auskunftsanspruch alsdann unmittelbar nach Schaffung seiner Grundlage erhoben werden könne, also zu einem Zeitpunkt, wo von einer Inangriffnahme des vertraglich übernommenen Geschäfts nicht die Rede sein könne, wo ein Ungewißheit auf Seiten des die Auskunft Einholenden nicht denkbar sei und die Auskunft nur negativ nur dahin ausfallen werde, daß noch nichts geschehen sei. Aber das ist auch eine Auskunft, und wer will objektiv entscheiden, daß subjektive Ungewißheit nicht schon unmittelbar nach Vertragsschluß beim Auftraggeber vorhanden gewesen sei? Klagen, denen man es in Würdigung der Art des aufgetragenen Geschäfts und des Vertragsinhalts sogleich ansieht, daß sie frivol oder unverständig oder zu früh erhoben worden sind oder denen der Beklagte mit Erfolg den Einwand der Chikane (B.G.B. § 226) entgegenhalten kann, mag der Richter abweisen; solchen Klagen aber, bei denen die Möglichkeit besteht, daß der Beauftragte sich doch schon an das in Auftrag gegebene Geschäft herangemacht habe, muß das Gericht stattgeben.

Da die Geschäftsführungsauskunft wiederholt verlangt werden kann, dergestalt, daß die Wiederholungen nicht als fortgesetzte, nur zu verschiedenen Zeiten vorgebrachte Äußerungen desselben Anspruchs aufzufassen sind, so erwächst nach jeder Befriedigung des Anspruchs bis zur Beendigung des Rechtsverhältnisses, in welchem er in Erscheinung tritt, ein neuer, gegen den auch immer eine neue Verjährungsfrist im unmittelbaren Anschluß an die vorangegangene Auskunft sich in Bewegung setzt.

Das gilt auch für die Verjährung solcher Rechenschaftsansprüche, deren Erfüllung deshalb wiederholt verlangt werden kann, weil sie nicht an einen festen Zeitpunkt geknüpft sind (B.G.B.

§ 1244 H.G.B. §§ 499, 534), denn die ihnen entsprechenden Rechenschaftspflichten sind, wie wir gesehen haben, eigentlich nichts weiter als erweiterte Auskunftspflichten.

Der für die Verjährung des Auskunftsanspruchs bei der negotiorum gestio maßgebende Zeitpunkt ist mit der Übernahme der Geschäftsführung bezeichnet. Nur beiläufig sei bemerkt, daß damit nicht etwa der erklärte Willensentschluß des Gestors gemeint ist, für einen anderen zu handeln; dieser wäre belanglos. Entscheidend ist vielmehr die Umsetzung des Willens in die Tat [6]). Fragen könnte es sich höchstens noch, ob bei der negotiorum gestio Anfangspunkt der Auskunftsverjährung die Übernahme selbst oder die Anzeige hiervon ist; m. E. ist das erstere richtig. Die Verjährungsfrist bedarf, wie schon erwähnt, zur Ermittlung ihres Beginns eines objektiv bestimmbaren feststehenden Zeitpunktes. Ein solcher ist die Übernahme immer. Dagegen läßt die Anzeige hiervon den Fristbeginn schwanken. Vorgeschrieben ist sie ja dem gestor; denn das Gesetz (§ 681 B.G.B.) sagt, „er hat anzuzeigen", es fügt aber einschränkend hinzu: „sobald es tunlich ist", nicht: „soweit es tunlich ist". Aber es ist doch fraglich, ob sie erstattet wird: sie kann aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Geschäftsführers unterbleiben, schließlich aber auch untunlich sein, was doch zunächst dessen subjektivem Ermessen überlassen bleiben muß, und dann ist sie vielleicht in weite Ferne gerückt. Soll etwa solange auch die Entstehung des Anspruchs auf Auskunft ausgesetzt sein? Das wäre absurd, denn sonst hätte es der Geschäftsführer in der Hand, durch bloße Unterlassung der Anzeige die Befriedigung des Anspruchs auf Auskunft ad Kalendas Graecas zu verschieben. Die Anzeige ist für die aus der Übernahme, d. i. der begonnenen Geschäftsführung einmal erwachsenen Ansprüche irrelevant, diese können durch sie nicht be-

6) Man käme sonst zu der sonderbaren, dem Wesen der negotiorum gestio widersprechenden und nicht beabsichtigten Konsequenz, daß in der Übernahme lediglich eine Offerte zum Abschluß eines Mandats zu sehen sei, die je nach der infolge der Anzeige von der Übernahme geäußerten Entschließung des dominus angenommen oder abgelehnt würde. Die Versuche aber, die negotiorum gestio als Vertrag zu konstruieren, sind durchaus abzuweisen.

seitigt werden; sie dient nur dazu, um dem Geschäftsherrn Gelegenheit zu geben, sich darüber zu äußern, ob ihm der vom Gestor eingeschlagene Weg genehm ist, und eventl. die Fortsetzung der Gestion bis zu deren Durchführung abzulehnen.

Die Genehmigung[7]) der Geschäftsführung kommt für die Verjährung des Anspruchs auf Erteilung von Auskunft überhaupt nicht in Betracht. Denn sie kann erst erfolgen nach beendeter Geschäftsführung, also erst zu einem Zeitpunkt, in dem bereits die begrifflich später als die Auskunftspflicht entstehende Rechenschaftspflicht gegeben ist. Aber nicht einmal für die Verjährung des Anspruchs auf Rechenschaft ist sie maßgebend, wie gleich hier erörtert werden mag. Dernburg[8]) bemerkt mit Recht, daß die Rechenschaftspflicht auch dann besteht, wenn der Dominus die Genehmigung noch nicht erteilt hat, ja auch wenn er sie verweigert. Wesentlich ebenso äußert sich Planck[9]), indem er ausführt, die Vorschrift des § 681 Satz 2 (Anordnung der entsprechenden Anwendung des § 666) sei in erster Linie für den Fall berechnet, daß der Geschäftsherr die Geschäftsführung als solche genehmige. Er könne aber auch zunächst auf Ablegung von Rechenschaft klagen und, wenn er Einblick in das Verhältnis gewonnen habe, die Geschäftsführung zurückweisen. Man mag sich zu dem ersten Teil dieser Bemerkung stellen, wie man will — ganz abgesehen davon, daß er in Ansehung der Auskunftspflicht entschieden unrichtig ist —, man mag die darin zutage tretende Auffassung der Ratihabition als des „konstitutiven Elements der obligatio negotii gesti[10]) ablehnen oder nicht, jedenfalls geht aus dem Sinne der weiteren Erläuterung von Planck hervor und stimmt mit Dernburg überein, daß die Rechenschaftsablegung der Genehmigung vorangehen muß; letztere darf

7) Nicht identisch mit der in § 681 B.G.B. erwähnten Entschließung, die dem Geschäftsherrn nur die Direktive vorbehält, in welcher Richtung und nach welchen Prinzipien er die Geschäftsführung vorgenommen wissen will.

8) Bürgerliches Recht Bd. II S. 383 § 301 I.

9) § 681 Note 3.

10) Isay S. 13.

also nicht als Ausgangspunkt der Verjährungsfrist für den Anspruch auf Rechenschaftsablegung genommen werden.

Für den Fall der sogenannten unechten Geschäftsführung (§ 687 Abs. 2 B.G.B.: es besorgt jemand ein fremdes Geschäft, von dem er weiß, daß es ein fremdes ist, er behandelt es aber als sein eigenes) gilt durch die Bezugnahme in § 687 auf § 681 das vorstehend Gesagte in gleicher Weise.

In den sonstigen Fällen, in denen das B.G.B. von einer Auskunftspflicht spricht (aus einem anderen Grunde als einer auftragsmäßigen entgeltlichen oder unentgeltlichen geschäftlichen Tätigkeit, einer auftragslosen Geschäftsführung oder einer Verwaltung), entscheidet als Anfangstermin der Verjährung der Eintritt des Zeitpunktes, der für den jeweiligen besonderen Fall maßgebend ist, also in den Fällen der Gruppe §§ 402, 412, 413 B.G.B. die Zeit der Abtretung oder des Überganges der Forderung, in den Fällen der §§ 444, 445, 515, 523, 651, 2182 der Zeitpunkt, in welchem der Kauf, der auf entgeltliche Veräußerung gerichtete Vertrag, der Tausch, die Schenkung, der als Kauf anzusehende Werkvertrag abgeschlossen ist, oder bei einem generischen Vermächtnis der Zeitpunkt, in welchem das Vermächtnis anfällt.

Anders wie bei der Geschäftsführungsauskunft verhält es sich, wie oben schon angedeutet, mit dem Fristbeginn bei der Verjährung des Anspruchs auf Rechenschaftsablegung bezw. Rechnungslegung. Es läßt sich darüber streiten, wann der Anspruch entstanden sei. Drei Momente können für den Beginn der Verjährungsfrist in Frage kommen [11]):

1) Der Zeitpunkt, in welchem das Rechtsverhältnis ins Leben tritt, in dessen Zusammenhange die Rechenschaftspflicht erscheint;

2) die Zeit, zu welcher das betreffende Verhältnis beendet ist;

3) die Zeit, welcher die geschäftsführende Tätigkeit selbst angehört.

---

11) Klewitz S. 44ff.

Den erstenerwähnten Standpunkt vertritt Biermann[12]), während Klewitz a. a. O. die Verjährung von dem drittgenannten Zeitpunkt an laufen läßt. Bezüglich des Auftrags läßt Kuhlenbeck[13]) die Verjährung mit der Erledigung oder dem Widerruf oder der Kündigung des Auftrags beginnen (Nr. 2 der vorstehenden Aufzählung).

Der Zeitpunkt ad 1 erscheint mir undenkbar. Nach der Lehre von der actio nata beginnt die Verjährung erst mit der Entstehung des Anspruchs auf die Leistung. Die Verpflichtung zur Rechenschaftsleistung entsteht aber anders als diejenige der Geschäftsführungsauskunft erst dann, wenn Tatsachen vorhanden sind, über die Rechenschaft gegeben werden kann, während die Auskunft, wie wir sahen, auch darauf gehen kann, ob etwas geschehen sei. Richtig bemerkt Rocholl a. a. O. S. 243 unter Hinweis auf den Wortlaut des A.L.R. § 61 I, 13, nicht schon das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis erzeuge jenen Anspruch, (auf Rechenschaftsablage), vielmehr erst die auf Grund dieses Rechtsverhältnisses stattgehabte geschäftsführende Tätigkeit des Mandatars ꝛc. Dies sei aus der Natur der Sache zu entnehmen, da von Rechenschaft nur in Bezug auf Handlungen, welche der Vergangenheit angehörten, geredet werden könne. Hieraus folgt übrigens, daß natürlich aus demselben Rechtsverhältnis nur einmal Rechenschaft verlangt werden kann, es sei denn die Rechenpflicht vertragsmäßig[14]) in Zeitperioden festgelegt; aber auch dann ist innerhalb der einzelnen Periode eine mehrfache Geltendmachung des Anspruchs nicht denkbar.

Von den anderen beiden oben genannten Möglichkeiten ist jede annehmbar. Im allgemeinen dürfte wohl rein theoretisch diejenige unter Nr. 3 als die zweifellos richtige gelten, während diejenige unter Nr. 2 dann zutrifft, wenn mit Beendigung der

---

12) Goldschmidt's Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 40 S. 322 (in der Besprechung der Klewitz'schen Monographie).

13) § 666 Note 2.

14) Die gesetzlichen wiederholbaren Rechenschaftsansprüche sind vielfach (z. B. aus dem Vormundschaftsrecht § 1840) nicht klagbar, also auch nicht verjährbar.

geschäftsführenden Tätigkeit zugleich das zugrunde liegende Rechtsverhältnis sein Ende erreicht. Dies braucht aber gerade nicht notwendig stets der Fall zu sein [15]). Im Prinzip jedoch ist sie richtig und in den meisten Fällen wird sie auch Platz greifen. Zum Ausdruck gelangte sie einmal in Seufferts Archiv Bd. 14 S. 387 in einer zweitinstanzlichen Entscheidung, während die Vorinstanz den ersten Standpunkt gewählt hatte. Aus dieser Entscheidung lassen sich gegen die oben entwickelte Regel zwei Einwendungen entnehmen.

1) Würde die Klage auf Rechnungsstellung die Beendigung des aufgetragenen Geschäfts voraussetzen, so wäre der Anspruch von der Willkür des Verpflichteten abhängig gemacht. Dieser Einwand ist nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Denn wenn das Urteil sagt, „es könne auch schon vorher auf Rechnungsablage wirksam geklagt werden, ohne daß der Beklagte diese seine Verpflichtung durch die Behauptung, es sei das Geschäft noch unvollendet, abzulehnen vermöge," so bringt freilich heute die Fassung des § 666 B.G.B. zum Ausdruck, daß für die Rechenschaftsablage ein ausgeführtes Geschäft vorausgesetzt wird. Indessen ist der Wortlaut des Passus schroffer als seine Auslegung, so strikt wörtlich darf er nicht interpretiert werden. Die Vollendung des Geschäfts kann nicht als einziger Fall der Ausführung gedacht sein. Wenn man nämlich die Worte „nach Ausführung des Geschäfts" dahin deutet, daß damit überhaupt jede Endigung des durch den Vertragsschluß begründeten obligatorischen Verhältnisses gemeint sei, eine Annahme, die durch die Fassung des § 384 H.G.B. eine sehr gute Unterstützung findet, so gelangt man zu dem gewiß dem Bedürfnis der Praxis und der Billigkeit entsprechenden Resultat, daß Rechenschaft auch abzulegen ist, wenn die Geschäftsführung z. B. infolge von Kündigung oder durch Widerruf aufhört [16]). Ist dann das Geschäft noch unvollendet,

15) Vgl. H.G.B. § 534 (Rechnungslegungspflicht des Schiffers). Ist die Geschäftsführung beendet, so muß erst noch die Heimreise angetreten werden, und erst nach der Rückkehr ist die Verpflichtung spätestens fällig.

16) Oertmann § 666 S. 700, der den Text des § 666 für offenbar zu eng hält; Planck Note 4 zu § 666; Kuhlenbeck oben Anmerkung 13.

so hat der Beauftragte Rechenschaft abzulegen, soweit es eben gediehen ist. In diesem Sinne hat sich R.G. 56 S. 118 ausgesprochen unter Berufung auf den Zweck und die Vorgeschichte des § 666 sowie auf die Analogie von Gesellschaft und Vormundschaft, die ebenfalls die Abrechnungspflicht nicht auf die Zeit der gänzlichen Ausführung der Geschäfte beschränkten. Dem Reichsgericht ist beizutreten. Aus den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Entw. des B.G.B. S. 357 ff. ist für die hier zur Erörterung stehende Frage wenigstens so viel zu entnehmen, daß die Abänderungsanträge zum § 591 Entw. I richtiger statt von einer Ausführung des Auftrages von seiner Beendigung sprachen und das Wort „Auftrag" nicht so sehr in dem rein tatsächlichen Sinne von „Geschäft" als vielmehr in der juristischen Bedeutung „Vertrag" auffaßten. Bei Erörterung der Abänderungsvorschläge wurde dieses Unterschiedes nicht gedacht, woraus man wohl schließen darf, daß die Gesetz gewordene Fassung „Ausführung", nicht: „Beendigung" die vom Reichsgericht gegebene Auslegung ohne Zwang verträgt.

2) Der andere aus dem zitierten Urteil zu entnehmende Einwand: „Es sei die Befugnis des Geschäftsherrn, den Auftrag jederzeit und namentlich vor Beendigung beliebig zurückzunehmen, somit auch Rechenschaftsablage zu fordern und das Geschäft ganz nach Gutfinden besorgen zu lassen, nicht in Zweifel zu ziehen," ist nur eine Fortsetzung des ersteren und findet seine Widerlegung mit denselben Gründen. Widerruf und Kündigung des Auftrags sind Endigungsgründe für diesen, sie bringen den Auftrag juristisch zum Abschluß, zum Erlöschen, ein weiteres Handeln bis zur Durchführung des Geschäfts ist also nicht mehr möglich.

Die Möglichkeit zu Nr. 3 ist denkbar, weil kein Grund ersichtlich ist, über den Zeitpunkt der Beendigung des betreffenden Geschäfts hinaus den Verjährungsbeginn bis zur Beendigung des Rechtsverhältnisses hinauszuschieben, sofern überhaupt noch ein durch keine Geschäftsführung mehr ausgefülltes Vacuum zwischen diesen beiden Endmomenten vorhanden ist und sie nicht vielmehr zusammenfallen.

Zu bemerken ist noch folgendes: Setzt sich ein Auftrag aus

mehreren unselbständigen Einzelakten zusammen, d. h. aus solchen, die erst in ihrer Gesamtheit die Erfüllung des Auftragsvertrages bedingen, so läuft die Verjährung erst von der Erledigung des letzten Geschäftsaktes, der die Erfüllung des Auftrags bedeutet. Ebenso ist es, wenn eine Verwaltung aufgetragen wird, mögen auch die einzelnen Akte für sich betrachtet, selbstständig sein; sie werden unselbständig in ihrer Beziehung zu dem gemeinschaftlichen Band, der Verwaltung. Sind mehrere gleichzeitig aufgetragene Geschäfte in erheblicher Zahl ausgeführt, so kann ihre Gesamtheit wohl als eine Verwaltung behandelt werden und es ist dies ein Grund, die Rechnungslegungspflicht dem Beauftragten aufzuerlegen (s. Kap. II), dagegen liegt in Anbetracht der Verjährung keine Veranlassung vor, die Zusammenfassung soweit durchzuführen, daß nun auch die Verjährung erst von Ausführung des letzten Geschäfts zu laufen habe. Vielmehr läuft für jede selbständige Auftragshandlung die Verjährungsfrist gesondert. Ebenso ist es natürlich, wenn mehrere Aufträge sukzessiv gegeben sind, aber in der Absicht, die Mehrheit als Verwaltung zu behandeln.

Eine Ausnahme bilden diejenigen Fälle, in denen abweichend von der im § 666 gewählten allgemeinen Fassung: „nach Ausführung des Geschäfts" ein anderer Zeitpunkt bezeichnet ist, zu welchem die Rechenschaft verlangt werden kann (hier ist Anfangstermin der Verjährung selbstverständlich dieser Zeitpunkt), sei es, daß er auch der Endpunkt des die Rechenschaftspflicht begründenden Rechtsverhältnisses überhaupt ist (Beendigung der Verwaltung und Nutznießung B.G.B. § 1421; der Vormundschaft § 1890) oder daß gewisse Verwaltungen in Abschnitte von einem oder mehreren Jahren geteilt werden und jeder Abschnitt für sich als eine selbständige Verwaltungsperiode zu gelten hat. So ist im Falle des § 740 Abs. 2 B.G.B. dem ausgeschiedenen Gesellschafter am Schlusse eines jeden Geschäftsjahres Rechnung zu legen über die nach seinem Ausscheiden inzwischen erledigten Geschäfte, und die Verpflichtung der jährlichen Rechnungslegung liegt nach § 2218 Abs. 2 B.G.B. dem Testamentsvollstrecker ob, wenn die Verwaltung eine länger dauernde ist und der Erbe jährliche Rechnungslegung verlangt.

Eine weitere Ausnahme kann schließlich auch noch durch vertragliche Festlegung des Termins der Rechenschaftsablegung im Ganzen oder in Teilen begründet werden.

Bei der negotiorum gestio erwächst die Verbindungskraft zur Rechenschaftsablegung aus der Tatsache der Geschäftsführung. Solange diese aber andauert, ist kein Anspruch auf Rechenschaft gegeben; erst dann ist er begründet, wenn der gestor mit seiner Tätigkeit aufhört, sei es, daß er das übernommene Geschäft vollendet oder vorzeitig abgebrochen hat [17]). Danach richtet sich auch der Beginn der Verjährungsfrist.

Auch der Anspruch auf Ableistung des Offenbarungseides ist verjährbar. Die Frist beträgt 30 Jahre [18]) und beginnt mit der Ablegung der Rechnung. Ist der Anspruch auf Rechnungslegung verjährt, so entfällt auch die Klage auf Leistung des Offenbarungseides, und zwar deshalb, weil der Anspruch die gelegte Rechnung zur Voraussetzung hat.

War die Rechnung schlecht gelegt, so beginnt für die Klage auf Leistung des Offenbarungseides eine besondere Verjährung von der neuen Rechnungslegung an zu laufen, sofern eine solche verlangt und geleistet wird, nicht, wie Schollmeyer [19]) anzunehmen scheint, von der früheren. Dies ist die Konsequenz davon, daß der Anspruch auf Leistung des Eides zur Durchführung des Rechnungslegungsanspruchs gegeben ist.

---

17) Unabhängig hiervon ist die hier nicht weiter zu erörternde, bereits einmal berührte Frage, ob und inwieweit ein negotiorum gestor infolge der Übernahme der Geschäftsführung verpflichtet sei, das begonnene Geschäft fortzuführen. Dafür Isay S. 123, dagegen Planck Note 3a zu § 677: „eine allgemeine Verpflichtung, das einmal übernommene Geschäft zu Ende zu führen, besteht nicht."

18) Die Motive II S. 894/899 hielten die Bestimmung einer besonders kurzen Verjährung des Anspruchs aus § 777 E. I bei der Mannigfaltigkeit der einschlagenden Fälle nicht für empfehlenswert.

19) Note 6 zu § 259 S. 56. Hat sich aber der Geschäftsherr 30 Jahre lang seit Empfang der schlechten Rechnung mit dieser begnügt, so kann ihm bei Geltendmachung des Anspruchs auf Eidesleistung der Rechnungsleger den Einwand der Verjährung entgegenhalten.

Nach § 204 Satz 1 B.G.B. ist die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten gehemmt, solange die Ehe besteht. Demgemäß kann die Ehefrau den Anspruch auf Auskunft nach § 1374 B.G.B. auch noch nach längerem als 30jährigem Bestehen der Ehe geltendmachen. Die gleiche Hemmung tritt nach § 204 Satz 2 B.G.B. bei Ansprüchen zwischen dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses ein. Es kommen aber von dem im Thema behandelten Ansprüchen keine in Frage, auf die § 204 Satz 2 anwendbar wäre. Das Auskunftsrecht aus § 1839 ist nicht klagbar und das Recht auf Rechenschaft aus § 1890 setzt die Beendigung des Amtes des Vormundes voraus, selbst wenn der Mündel weiter unter Vormundschaft eines neu zu bestellenden Vormunds bleibt; das Vormundschaftsverhältnis des Mündels zu dem abtretenden Vormund ist also beendet, während § 204 Satz 2 gerade von Ansprüchen während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses spricht [20]). Dagegen könnten an sich die im § 1843 Abs. 2 erwähnten Ansprüche in Frage kommen, die zwischen Vormund und Mündel streitig bleiben, nachdem w ä h r e n d der Vormundschaft auf eine unklagbare Rechnungslegung gemäß § 1840 das Gericht die Prüfung der Rechnung vorgenommen hat, und die schon vor der Beendigung des Vormundschaftsverhältnisses im Rechtswege geltend gemacht werden können. Diese vorzeitige Geltendmachung ist zulässig, obwohl der Vormund dem Mündel erst nach beendeter Vormundschaft Rechenschaft schuldig ist (§ 1890). Der Anspruch

---

20) Unter „Vormundschaftsverhältnis" sind die Beziehungen des Mündels zu dem jeweiligen Vormund zu verstehen. Es gibt so viele Vormundschaftsverhältnisse, als sich Vormünder ablösen. Verstände man unter „Vormundschaftsverhältnis" einseitig vom Standpunkt des Mündels aus nur die Notwendigkeit der Bevormundung, sodaß also dieses Verhältnis ein kontinuierliches wäre bis zum Fortfall dieser Notwendigkeit, so fiele auch das Recht des Mündels aus § 1890, von dem ausscheidenden Vormund Rechenschaft zu verlangen, unter die Ansprüche während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses. Die Verjährung des Mündelanspruchs aus § 1890 könnte sich also zum Schaden des Mündels erst nach Fortfall des Bevormundungsgrundes fortsetzen, und hierin läge auch eine ganz unbegründete Bevorzugung des ausscheidenden Vormunds.

geht aber vor Beendigung der Vormundschaft nicht auf Rechenschaftslegung, sondern auf Herstellung des bei pflichtmäßiger Führung der Vormundschaft vorhanden sein sollenden Zustandes [21]).

---

§ 13.

Verzicht und Erlaß.

Mit dem Verzicht und Erlaß ist nicht die einfache tatsächliche Nichtgeltendmachung des Rechts auf Auskunft oder Rechenschaft zu verwechseln. Zuweilen mag eine ungenaue Ausdrucksweise auch den Nichtgebrauch oder die kundgegebene Absicht hiervon als Verzicht bezeichnen. Indem ein Gläubiger diese Ansprüche nicht erhebt, sagt er wohl fälschlich von ihnen, er habe auf sie verzichtet. Diese bloße Nichtgeltendmachung bereits erworbener Ansprüche ist aber nach allgemeinem Rechtsgrundsatz unangreifbar, denn: volenti non fit injuria. Andernfalls wäre garnicht eine — doch allseitig anerkannte — Verjährung der Ansprüche des Berechtigten hierauf denkbar.

Zulässig ist auch ein pactum de non petendo, d. i. ein Versprechen, den Anspruch nicht geltend zu machen. Dieser bleibt an sich bestehen; während der ganzen Verjährungszeit steht es dem Gläubiger frei, seine Absicht zu ändern und von seinen Rechten Gebrauch zu machen.

Anders liegt die Sache, wenn eine wirkliche Verzichterklärung des Berechtigten, sei es noch vor Entstehung der Ansprüche oder nachher, vorliegt und durch sie der gegebene oder künftige Anspruch zum Erlöschen gebracht werden soll. Unter dieser Voraussetzung hat man zunächst die Zulässigkeit des Verzichts und sodann eventuell die Frage zu untersuchen, ob eine einseitige Willenserklärung des Berechtigten genügt, um ihn auf seinen Willen zu verpflichten, oder ob nicht vielmehr die Zustimmung des Verpflichteten, d. h. also eine Vereinbarung erforderlich ist.

I. Die Zulässigkeit des Verzichts erscheint deshalb fraglich, weil es dem Wesen der Hilfsrechte auf Auskunft ꝛc. widerstreben

21) Opet-Blume § 1843 Note 4.

könnte, daß der Hauptberechtigte ihnen entsagt, obwohl das Gesetz sie ihm doch gerade zu dem Zweck in die Hand gibt, damit er sich ihrer zur Erleichterung der Durchführung des Hauptrechts bedient. Nach Ehrlich S. 56, 57 sind die Rechtssätze, welche eine Auskunfts- oder Rechenschaftspflicht statuieren, als sogenannte fürsorgende Rechtssätze (S. 75 sub 2 c a. a. O.) zugunsten des durch sie Berechtigten aufzufassen. Damit sie außer Anwendbarkeit gesetzt würden, müsse der ernstliche Wille der Partei, in deren Interesse sie erlassen seien, vorliegen, auf den vom Gesetz zugesagten Vorteil zu verzichten (S. 77 sub 4 a. a. O.). Im allgemeinen scheint Ehrlich die Verzichtbarkeit auf Information und selbst auf Rechenschaft für bestehendes Recht zu halten, wenn er auch Einschränkungen für erforderlich erachtet (S. 81). Für uneingeschränkte Verzichtbarkeit spricht sich Endemann (S. 678 Anm. 12) aus. Desgleichen meint Staub Bd. 2 Anm. 27 zu § 384 H.G.B., daß die Pflicht zur Rechnungslegung erlassen werden könne (im voraus oder nachträglich).

Die von uns behandelten Hilfsrechte sind nicht alle gleichwertig. Sämtlichen Rechenschaftsverpflichtungen wohnt fast durchweg der präparatorische Charakter inne und die Auskunftspflichten sind ihrem Zwecke nach, wie wir sahen, sehr verschieden gestaltet. Es dürfte kaum zu bestreiten sein, daß eine Information nach einer Veräußerung nicht die Bedeutung hat, wie eine Auskunft, die sich ein Auftraggeber von dem Beauftragten einholen kann, um über die Anlage und den Gang des in Auftrag gegebenen Geschäfts unterrichtet zu werden. Für einen Käufer kann keine Gefahr darin erblickt werden, wenn er vorweg auf sein Auskunftsrecht, das ihm nach Erwerb des Kaufgegenstandes zusteht, verzichtet, denn er hat ja schon vorher genügend Zeit sich zu überlegen, was ihm bezüglich der rechtlichen Verhältnisse des zu erwerbenden Gegenstandes wissenswert dünkt, und kann die Mitteilung hiervon sogar zur Grundlage der Kaufverhandlungen machen. Umsoweniger liegt eine Gefahr für ihn vor, als ihm das Auskunftsrecht nicht etwa nur für den Fall gewährt wird, daß ihm — was schwer nachweisbar wäre — erst nach dem Erwerb der Sache Zweifel wegen irgend welcher rechtlicher Verhältnisse

derselben auftauchen, sondern auch schon dann, wenn er sie vorher hatte, sie aber bei den Verhandlungen nicht zur Sprache brachte.

Bedenklicher ist allerdings die Frage bei der Geschäftsführungsauskunft und bei der Rechenschaft. Wie bekannt, lehnen sie sich mehr oder weniger an das Mandat an. Man könnte nun meinen, die Natur des Mandats, das auf dem Vertrauen des Mandanten zum Beauftragten beruhe, vertrage es nicht, daß sich der Mandant des einzigen rechtlich möglichen Hilfsmittels solle begeben dürfen, um sich auf seinem eigenen Rechtsgebiete zu informieren, um den Geschäftsträger zu kontrollieren und die Herausgabe des aus der Geschäftsführung Erlangten vorzubereiten [1]). Dem dürfte aber doch die Erwägung entgegenstehen, daß es dem Auftraggeber, gerade weil ein Mandat Vertrauenssache ist, überlassen sein muß, die letzte Konsequenz aus der Wahl seines Vertrauens zu ziehen und dieses Verhalten durch einen Verzicht zum Ausdruck zu bringen. Wie sich der Auftraggeber die Durchführung seines Anspruchs auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung Erlangten denkt, ist seine Sache; er muß sich darüber klar werden, daß er allerdings, wie Oertmann a. a. O. hervorhebt, der Gefahr vorsätzlicher Benachteiligung unterliegt, und muß sich darum mehr oder weniger auf die Ehrlichkeit und geschäftliche Akkuratesse des Beauftragten oder auf den Zufall oder auf Kontrolle durch Dritte verlassen; alles dies kann ihm Angaben über die Geschäftsführung verschaffen. Zu beachten ist auch, daß, wie eine bei Gruchot Bd. 15 S. 109 Nr. 4 (Preuß. Recht) mitgeteilte Entscheidung ausführt, die Position des Vollmachtgebers durch den Verzicht allerdings nicht unwesentlich erschwert werde, die Verbindlichkeit des Bevollmächtigten zur Erteilung der Rechenschaft aber umsoweniger als ein Essentiale des Mandats betrachtet werden könne, als die Ablegung der Rechnung unter regelmäßigen Umständen erst auf Erfordern des Mandanten zu geschehen habe.

Ein viel weiter gehendes, mehr in das Detail dringendes Recht, als die Befugnis zur Auskunft umfaßt, besitzt der Gesellschafter in B.G.B. § 716 und H.G.B. § 118; er hat das

1) Vgl. Oertmann Note 2 zu § 666 B.G.B.

Recht, sich genau bis ins einzelne über die Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich zu unterrichten, die Bücher (Handelsbücher) und die Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens (eine Bilanz) anzufertigen. Diese Befugnis erklären die §§ 716 B.G.B. und 118 H.G.B., wenn auch nur bedingt für verzichtbar, wie aus dem Abs. 2 der betreffenden Bestimmungen hervorgeht, woselbst es heißt: „Eine dieses Recht ausschließende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht." Es tritt also unter der genannten Voraussetzung das Informationsrecht wieder in Kraft. Man wird nun folgendermaßen deduzieren müssen. Für den einzelnen Gesellschafter ist die ihm solchergestalt gewährte Information wertvoller als eine dem Inhalte nach beschränkte Auskunft, die sich nur mehr in allgemeinen, wenn auch ausführlicheren Wendungen über den Stand des Geschäfts ergehen kann, ohne daß sie die kleinsten Einzelheiten mitzuteilen braucht. Vor allem erstreckt sich die Information auf die gesamten Verhältnisse der Gesellschaft, während das Auskunftsrecht nur ein einzelnes Geschäft zum Gegenstand hat. Ersteres folgt doch gewiß ebenso unmittelbar aus dem Wesen der Gesellschaft, also des Vertrages, wie das Auskunftsrecht aus dem Mandat und beruht ebenso sehr auf dem durch den Vertrag geschaffenen Vertrauensverhältnis; dennoch nimmt das Gesetz keinen Anstand, im Prinzip das Informationsrecht für verzichtbar zu erklären. Folglich kann auch u. E. kein Bedenken bestehen, den Verzicht des Mandanten auf sein Auskunftsrecht zuzulassen. Freilich sorgt das Gesetz durch den zweiten Absatz jener Bestimmungen für eine Sicherung des verzichtenden Gesellschafters. Denn ehrlich muß es innerhalb der Gesellschaft zugehen; kann der Gesellschafter eine unredliche Geschäftsführung glaubhaft machen, so ist er an seinen Verzicht nicht gebunden. Etwas Ähnliches läßt sich dem Auskunftsrecht auf Grund eines Auftrages freilich nicht zur Seite stellen. Aber vergegenwärtigt man sich, daß ein Gesellschafter außer seinem Informationsrecht auch noch genau so wie der Mandant gegen den Mandatar ein

Auskunftsrecht gegen den geschäftsführenden Gesellschafter hat (an alle Gesellschafter), so liegt doch kein Grund vor, das geringere Recht des Gesellschafters auf Auskunft für unverzichtbar zu erklären, wenn prinzipiell auf das umfangreichere und intensivere Recht auf Information verzichtet werden kann. Ist man mit diesem Argument einverstanden, so besteht kein Unterschied mehr in der Behandlung des Auskunftsrechts eines Gesellschafters und desjenigen eines Mandanten, denn auch ersteres ist durch den § 666 B.G.B. bestimmt und beruht auf einem Vertrauensverhältnis. Es läßt sich zwar nicht leugnen, daß der Gesellschafter durch die Bestimmungen im Abs. 2 der § 716 B.G.B., 118 H.G.B. viel vor dem Mandanten voraus hat, man kann aber trotz deren positiven Charakter [2]) nicht annehmen, daß die Verzichtbarkeit des Anspruchs des Gesellschafters auf Auskunft ein Luxusprivileg für ihn allein sein soll, während der Mandant auf sein Auskunftsrecht nicht verzichten dürfe, weil ihm keine Schutzvorschrift wie im Abs. 2 jener Bestimmungen zur Seite steht, die ihm das Auskunftsrecht im engeren technischen Sinne mehr oder weniger praktisch entbehrlich macht.

Freilich könnte man nun sagen — und Anspruch auf Beachtung hat das Bedenken —, daß die vertragliche Gewährung einer ausschließlich auf die Ehrlichkeit des Mandatars abgestellten Geschäftsführung doch gar sehr einem unzulässigen pactum ne dolus praestetur sich nähere. Dieses Bedenken wird jedoch zerstreut, wenn man den zit. Absatz 2 nicht als positive Singularität des Gesellschaftsrechts auffaßt, indem man also nicht unbedingt daran festhält, daß § 666 B.G.B. nicht ausdrücklich eine gleiche Bestimmung wie Absatz 2 des § 716 B.G.B., 118 H.G.B. ausspricht. Dann hindert nämlich nichts, auf dem Wege der Analogie — weil das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragten ebensosehr ein Vertrauensverhältnis ist wie dasjenige zwischen den einzelnen Gesellschaftern — den Absatz 2 auch auf das Mandat für anwendbar zu erklären. Der Auftraggeber hätte dann zur Begründung seiner Klagebitte auf Auskunft in Entgegnung auf die Einrede des Verzichts nur die besonderen Gründe darzu-

2) Vgl. Mot. II 613 zu § 643 E. I a. E.

legen, die ihn zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung berechtigen, nicht etwa diese selbst aufzudecken.

Aber auch bei Ablehnung der Analogie läßt sich dem Einwand der Unzulässigkeit des pactum ne dolus praestetur mit dem Hinweis darauf begegnen, daß beim Vorliegen von Verdachtsmomenten wohl meist den Voraussetzungen der §§ 119, 123 B.G.B. genügt sein wird, um die Anfechtung der Verzichterklärung wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung zu rechtfertigen. Schließlich wäre auch noch je nach Lage der Sache der § 826 B.G.B. (Schadensersatzpflicht wegen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise erfolgter Schadenszufügung) immerhin eine Reaktion gegen den Vertrauensmißbrauch des Mandatars, allerdings keine solche, die ihn zur Erteilung von Auskunft oder Ablegung von Rechenschaft nötigt.

II. Bedarf der Verzicht auf ein Recht[3]) der Zustimmung des Verpflichteten, ist also ein Vertrag erforderlich?

1) Will der Gläubiger dem Schuldner die Schuld erlassen, so ist nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 397 B.G.B. ein Vertrag zwischen den beiden vorgeschrieben:

„Das Schuldverhältnis[4]) erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag[5]) die Schuld erläßt."

---

3) Man kann auch da verzichten, wo man noch kein Recht hat; dann verhindert man den Rechtserwerb. Cohn bei Gruchot Bd. 47 S. 251. Jedoch gilt das hier nur von dem Anspruch auf Rechenschaftsablage oder Rechnungslegung, denn die Ansprüche auf Auskunft entstehen sämtlich bereits gleichzeitig mit dem betreffenden Rechtsverhältnis.

4) Offenbar versteht § 397 B.G.B. unter „Schuldverhältnis" eine einzelne Schuld, nicht irgend ein Rechtsverhältnis, aus dem mehrere Schuldverhältnisse (Forderungen) entstehen können, von denen eines erlassen werden soll. So wohl auch Oertmann Vorbem. zum 3. Abschn. 1. Titel Note 3b S. 213.

5) Gleichgültig ist, ob die Offerte zum Vertrage vom Gläubiger oder Schuldner ausgeht und ob die Erklärungen ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Über die Konstruktion des Erlaßvertrages aus dem gegebenen Tatbestand, wenn der Antragende auf die Annahme des Antrages verzichtet hat (B.G.B. § 151), sowie über die Beweislast vgl. Cohn a. a. O. S. 227 ff.

Der Erlaßvertrag ist abstrakt. Er kann entgeltlich oder unentgeltlich sein; in letzterem Falle wird hierin eine Schenkung des Berechtigten an den Verpflichteten liegen. Ist der Anspruch auf Rechenschaft noch nicht entstanden, so ist der Vertrag nicht als Erlaßvertrag anzusehen, sondern als ein Vertrag, durch welchen die Entstehung eines künftigen Schuldverhältnisses ausgeschlossen wird [6]).

Cohn behandelt nach Erörterung des Erlaßvertrages noch den Verzicht besonders und kommt zu dem Ergebnis (S. 287), der Verzicht bedürfe regelmäßig nicht der Annahme, also keines Vertrages. Da, wo das Gesetz den Vertrag zur Gültigkeit des Verzichts beanspruche, sei dies deutlich gesagt; wo es schweige, erfordere es ihn nicht, denn daß begrifflich im geltenden Rechte der Verzicht als Vertrag zu denken sei, dafür biete sich kein Anhalt.

Die Art der Rechte, auf welche verzichtet werden kann, ist nun aber sehr verschieden. Mit Unrecht macht Cohn gar keinen Unterschied zwischen Forderungsrechten (wie unsere Hilfsrechte es sind), bei denen dem Berechtigten ein Verpflichteter gegenübersteht, und sonstigen — einseitigen — Befugnissen [7]), sie seien aus dem Recht der Schuldverhältnisse, aus dem Sachenrecht, dem Familien- oder Erbrecht entnommen. Wie die oben gestellte Frage bei einseitigen Rechten zu entscheiden sei, kann hier dahingestellt bleiben, jedenfalls ergibt sich das Erfordernis der Zustimmung des Schuldners aus der Natur des Rechts auf Auskunft usw. als eines Forderungsrechts. Der Gläubiger ist nicht befugt, vielleicht gegen den Willen des Schuldners durch einseitige Verzichterklärung das Schuldverhältnis (= Forderungsrecht) zur Lösung zu bringen, weil es dessen Begriff widerstrebt, daß es schon dann untergehen soll, sofern es der Gläubiger will. Diese Erwägung führt Cohn (S. 229) zur Begründung dafür an, daß in § 397 B.G.B. der Erlaß als Vertrag konstruiert ist. Für den Verzicht ist er anderer Meinung. Soweit jedoch eben Schuldverhältnisse (Forderungen) in Frage kommen, auf die der Gläubiger verzichten will, dürfte die Ansicht Cohn's unbegründet sein, denn

6) Planck § 397 Note 2. Vgl. auch oben S. 211 Anm. 3.
7) Solche ist z. B. das Widerrufsrecht des Mandanten.

dann greift dieselbe Erwägung durch. Es fragt sich überhaupt, welcher Unterschied zwischen einem Schulderlaß und dem Verzicht auf ein Forderungsrecht besteht. Wir vermögen keinen zu erblicken; beide, Erlaß und Verzicht sind, wenn Forderungen ihr Objekt sind, nur Betätigungen desselben Willens, das Schuld*verhältnis* aufzuheben; beim Erlaß hat man die Aufhebung von der Schuldnerseite aus zu betrachten, (vgl. B.G.B. § 397: „.. wenn der Gläubiger *dem Schuldner ... die Schuld* erläßt"), beim Verzicht aber von der Gläubigerseite aus, der Gläubiger verzichtet auf seine *Forderung*. Es wäre nun überflüssig, zum Zwecke des Erlasses einer Schuld einen Vertragsschluß vorzuschreiben, wenn der Gläubiger bezüglich eines Forderungsrechts dieselbe Wirkung, nämlich das Erlöschen des Schuldverhältnisses, durch einen einseitigen Verzicht erreichen könnte, der keiner Annahme bedürfte. *Cohn* selbst sieht in dem Verzicht auf ein Recht die höhere Einheit, in die der Erlaß mit einzubeziehen sei (S. 285). Also muß er doch die Rechte klassifizieren in solche, bei denen ein bloß einseitiger Verzicht genügt, und solche, bei denen zum Verzicht die Annahme des Gegners erforderlich ist. Statt dessen sagt er prinzipiell, daß auf alle Rechte mit Ausnahme derer, bei denen das Gesetz ausdrücklich die Ausnahme statuiere, einseitig verzichtet werden könne.

Auch den Einwand hält er für verfehlt, daß einseitige Schuldversprechen, abgesehen von den wenigen im Gesetz sanktionierten Ausnahmen, z. B. der Auslobung, ungültig seien, denn er sieht in der Verzichterklärung eben nur eine abstrakte Willensäußerung und kein Schuld*versprechen*, folglich auch nicht das Element eines Schuldverhältnisses, das durch die Zustimmung des anderen Teiles zu einem Vertrage ergänzt würde (S. 270 a. a. O.), m. a. W. er meint, der Gläubiger wende sich an den Schuldner, um ihm mitzuteilen, daß er auf sein Recht verzichtet *habe*, nicht aber dazu, um ihm kundzutun, daß er darauf verzichten *wolle*, und ihn zu befragen, ob er damit einverstanden sei. *Cohn* beweist jedoch hier nur mit seiner Behauptung. Daß der Verzicht eine abstrakte Willenserklärung ist, trifft zu; macht jedoch schon der abstrakte Charakter der Erklärung deren Annahme entbehrlich?

Daß aber mit dieser Erklärung sich der Gläubiger bereits gebunden habe, und nicht erst ein Versprechen, sich zu binden, abgeben wolle, muß erst noch bewiesen werden.

Man kann sich nicht darauf berufen, daß in den Fällen der §§ 443, 476, 540, 637 B.G.B., in welchen eine die Verpflichtung des Verkäufers, Vermieters, Unternehmers zur Gewährleistung wegen Mängel im Rechte oder wegen Mängel der Sache oder zur Vertretung von Mängeln erlassende oder beschränkende Vereinbarung bei arglistigem Verschweigen des Mangels für nichtig erklärt wird, für den dort ausgesprochenen Verzicht nur ausnahmsweise eine Vereinbarung (Vertrag) gefordert werde, und daraus herleiten, daß in allen anderen Fällen, wo das Gesetz nicht eine gleiche Bestimmung treffe, der einseitige Verzicht genüge. Es handelt sich vielmehr, worauf der Wortlaut klar hinweist, um Forderungsrechte oder doch Einrederechte[8]) (B.G.B. § 443: Rechte nach Maßgabe der §§ 320—327 B.G.B.; § 476: Recht auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung; § 540: Anspruch auf Befreiung von der Entrichtung des Mietszinses oder Berechtigung, einen geringeren Mietszins zu zahlen, oder Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung; § 637: Beseitigungsrecht, Anspruch auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung). Das sind Schuldverhältnisse, bezüglich deren Aufhebung es nach der sinngemäßen Anwendung des § 305 B.G.B. schon im allgemeinen eines Vertrages bedarf[9]), in specie aber nach § 397 auch deshalb eine Vereinbarung nötig ist, weil der Verzicht auf Forderungsrechte sich als Erlaß einer Schuld darstellt. Darum bedeutet auch das Wort „Vereinbarung" in den oben zitierten Paragraphen keinen Ausnahmezustand, sondern gerade die Regel. Jene Bestimmungen behandeln überhaupt nicht ex professo die Frage der Verzichtbarkeit und der Ein- oder Zweiseitigkeit des Verzichts. Sie sind

8) Es ist bezeichnend, daß nicht die Fassung gewählt wurde: „eine das Recht des Käufers auf Gewährleistung ausschließende Vereinbarung". Durch die vom Gesetz gewählte Ausdrucksweise („Verpflichtung") wird der Forderungscharakter sofort erkennbar.

9) Vgl. Planck Note 2 zu § 305.

nur hervorgehoben worden, weil der Gesetzgeber besonderen Grund hatte, der vorausgesetzten vertragsmäßigen Erlassung oder Beschränkung der genannten Rechte („Vereinbarung") die Wirksamkeit zu entziehen. Es hätte den Gesetzgeber nichts gehindert, auch in allen anderen Fällen beim Hinzutreten eines bestimmten Tatbestandsmoments die Wirkung der stets an eine Vereinbarung geknüpften Erlassung oder Beschränkung eines Forderungsrechts irgendwie zu modifizieren. Weil dies nun nicht geschehen ist, vielmehr nur in den genannten Fällen die Nichtigkeit einer solchen Vereinbarung ausgesprochen wurde, ist man deshalb noch nicht befugt, auch die Tatsache der erlassenden Vereinbarung selbst als etwas außergewöhnliches aufzufassen.

Es ist denkbar, daß der Gläubiger das ganze Rechtsverhältnis, auf dessen Boden die Ansprüche auf Auskunft und Rechenschaft erwachsen, (Mandat ꝛc.) aufheben will. Dazu bedarf es selbstverständlich eines Aufhebungsvertrages, mit dem dann natürlich indirekt auch die Hilfsrechte untergehen. Durch den Aufhebungsvertrag wird gleichfalls ein Schuldverhältnis beseitigt. Dieses ist aber im Vergleich zu dem hier behandelten Spezialschuldverhältnis zwischen dem Auskunfts- und Rechenschaftsberechtigten und -Verpflichteten das generelle Schuldverhältnis, also ein ganz anderes, aus dem jenes erst hervorgeht. Mit Recht scheiden daher Oertmann Bd. 2 Vorbem. zu § 362 ff. B.G.B. Note 3b S. 213 und Demelius, Aufhebung der Schuldverhältnisse, zwischen direkter und indirekter Aufhebung der Schuldverhältnisse, je nachdem das Schuldverhältnis selbst (der Anspruch) oder sein Entstehungsgrund, die causa, beseitigt wird.

Nach den vorstehenden Ausführungen dürfte wohl das Erfordernis der Zustimmung des Verpflichteten zu einem Verzicht des Berechtigten auf ein Forderungsrecht im allgemeinen und auf sein Recht, Auskunft und Rechenschaft zu fordern, im besonderen nachgewiesen sein.

III. Nur anhangsweise sei hier auf einige Bestimmungen des B.G.B. aufmerksam gemacht, welche nur in einem ganz entfernten, nicht etwa begrifflich organischen Zusammenhang mit dem Verzicht stehen, sondern mit diesem nur gemeinsam haben, daß

sie gleichfalls die Ausschließung des Rechts auf Auskunft oder Rechenschaft bezwecken. Nach §§ 1854, 1855 kann nämlich der Vater bezw. die eheliche Mutter den von ihnen benannten Vormund von der Verpflichtung entbinden, während der Dauer seines Amtes Rechnung zu legen (§ 1840). Sehen wir davon ab, daß die Erfüllung der Rechnungslegungspflicht des Vormunds aus § 1840 nicht im Klagewege erzwungen werden kann, so stellt die Befreiung des Vormunds durch einen Dritten eine Anomalie dar, welche nur aus dem Wesen des Vormundschaftsverhältnisses und aus den durch die Mittelspersonen der Eltern geschaffenen besonders engen Beziehungen des Vormunds zum Mündel zu erklären ist. Diese Befugnis der Eltern ist streng einseitig. Zudem ist eine Kautel dafür getroffen worden, daß der Vormund doch nicht ganz ohne Aufsicht bezüglich seiner Geschäftsführung bleibt, denn er muß in einem solchen Falle nach dem Ablauf von je zwei Jahren eine Übersicht über den Bestand des seiner Verwaltung unterliegenden Vermögens dem Vormundschaftsgerichte einreichen, woraus sich doch vielleicht einigermaßen die Art und Weise seiner Verwaltung und deren finanzielles Ergebnis erkennen läßt. Außerdem aber liegt nicht einmal eine unbeschränkte Dispositionsbefugnis der Eltern über die Rechnungslegungspflicht des von ihnen benannten Vormunds vor; denn das staatliche Aufsichtsrecht behält sich vor, durch das Vormundschaftsgericht die Anordnung des Vaters oder der Mutter außer Kraft zu setzen, wenn ihre Befolgung das Interesse des Mündels gefährden würde (§ 1857 B.G.B.). In letzter Linie entscheidet also doch immer das Vormundschaftsgericht.

Fast ganz ohne Aufsicht und Sicherungsmaßregeln dagegen ist ein Vorerbe, den der Erblasser nach § 2136 B.G.B. von den Beschränkungen und Verpflichtungen u. a. der §§ 2127—2131 befreien kann, worunter die Auskunftspflicht des § 2127 und die Rechenschaftspflicht aus § 2130 Abs. 2 fällt. Nicht einmal die Befugnis des Nacherben, nach § 2128 Abs. 1 Sicherheit zu verlangen, wenn der Vorerbe durch sein Verhalten oder durch seine ungünstige Vermögenslage die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet, bleibt bestehen. Nur

ein Minimum wird zum Schutze des Nacherben gefordert; der Vorerbe muß diesem ein Verzeichnis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände auf Verlangen erteilen (§ 2121). Ferner darf der Erblasser nicht die Verpflichtung zur Feststellung des Zustandes der Erbschaftssachen durch Sachverständige erlassen (§ 2122). Ebenso muß es selbst im Falle einer anderweitigen Anordnung des Erblassers, die übrigens im wirklichen Leben wohl kaum vorkommen wird, dabei bleiben, daß der Nachlaß gegen den Zugriff der Gläubiger des Erben gesichert ist [10]).

Dagegen kann nach § 2220 ein Erblasser den von ihm ernannten Testamentsvollstrecker nicht von der diesem nach § 2218 obliegenden Auskunfts- und Rechenschaftspflicht und von der Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides gegenüber dem Erben befreien. Diese Bestimmung bedeutet ein Gegengewicht gegen die im Verhältnis zum Erben zuweilen sehr weitgehenden Rechte des Testamentsvollstreckers.

Kapitel VII.

Das Anwendungsgebiet von Auskunft, Rechenschaftsablage und Rechnungslegung.

Im wesentlichen bedeutet die folgende Abhandlung nur eine Fortsetzung und Erweiterung der Erörterungen über die im Kapitel VI § 2 I. Abschnitt unter A, 1 behandelte Geschäftsführungsauskunft [1]). Es kam aber dort zunächst nur darauf an, die im Gesetz selbst erwähnten Fälle aufzuzählen und deren Grund und Zweck zu beleuchten. Die jetzt folgenden Ausführungen werden sich dagegen mit der Frage beschäftigen, wie weit einzelne der im Gesetz unzweifelhaft feststehenden Tatbestände reichen (B.G.B. § 675), und ferner, ob auch außerhalb der ausdrücklich im Gesetz

10) Rüger im Sächs. Arch. Bd. 9 S. 440.

1) Nur noch von dieser ist die Rede. Zweifel über die Anwendung der in den §§ 444, 445 B.G.B. statuierten Veräußerungsauskunft auf analoge Verhältnisse sind nirgends aufgetaucht.

normierten Fälle ein Anspruch auf Auskunft oder Rechenschaft erwachsen kann. Es ist dies in der Literatur und Rechtsprechung streitig. Durchweg gipfelt der Streit in der Feststellung, ob bei einem gewissen Sachverhalt ein Mandat, ein Dienst- oder Werkvertrag, oder eine negotiorum gestio der einen oder anderen Art (echte oder unechte) anzunehmen sei. Es kann jedoch hier nicht unsere Aufgabe sein, die ziemlich reichhaltige Kasuistik wiederzugeben, die in der Judikatur zusammengetragen ist und sich bald für, bald wider die Anwendbarkeit des für die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht maßgebenden § 666 B.G.B. äußert. Wir müssen uns vielmehr auf die Andeutung beschränken, daß aus verschiedenen Spezial-Rechtsgebieten, so z. B. dem Berg- und Patentrecht und auf Grund des Warenzeichengesetzes Entscheidungen vorhanden sind, welche die Rechenschaftspflicht bald bejahen, bald verneinen [2]).

Zwei Punkte muß man sich stets vor Augen halten, wenn man in einem solchen zweifelhaften Falle eine richtige Entscheidung treffen will. In erster Linie hat man darauf zu achten, ob überhaupt die Führung eines fremden Geschäfts vorliegt, und zweitens ist zu erwägen, ob die gewünschte Aufklärung nur durch Auskunft und Rechenschaft oder nicht vielmehr auf andere Weise erreicht werden kann.

Keiner der beiden Gesichtspunkte liegt im Falle des § 66 H.G.B. vor. Es darf also ein kaufmännischer Prinzipal, dessen Handlungsgehülfe entgegen § 60 H.G.B. ohne seine Einwilligung ein Handelsgewerbe oder Geschäft auf eigene oder fremde Rechnung betrieben hat und nun von diesem nach § 61 l. c. verlangt, daß er die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung des Prinzipals gelten lasse und die aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgebe oder seinen Anspruch

2) Vgl. R.G. Bd. 10 S. 210 (Bergrecht: Rechenschaftspflicht verneint); R.G. Bd. 46 S. 17 ff., J. W. 1906, S. 207, Kohler, Patentrecht S. 569, 949: bei wissentlicher und grobfahrlässiger Patentverletzung bejaht, dagegen von R.G. Bd. 62 S. 320 in Fällen, in welchen eine Entschädigungspflicht nicht besteht, verneint; R.G. Bd. 47 S. 100, Bd. 58 S. 321: der Anspruch auf Rechnungslegung wird dem auf Grund des § 15 des Ges. v. 12. 5. 94 Berechtigten versagt.

auf die Vergütung abtrete, von dem Handlungsgehülfen nicht Rechenschaft fordern. Ebenso wenig besteht für den Handlungsgehülfen eine Verpflichtung zur Erteilung von Auskunft. Fischer-Henle, Note 1 zu § 259 legt ihm, ohne eine Begründung zu geben, die Rechnungslegungspflicht auf. Staub, Anm. 6 zu § 61 hält es für unbedenklich, offenbar glaubt er also sich nicht auf eine gesetzliche Bestimmung stützen zu können. Geht man von der Voraussetzung für die Rechenschafts- oder Rechnungslegungspflicht aus, der Geschäftsführung, so versteht es sich doch von selbst, daß das vorgenommene Geschäft ein fremdes sein muß. Man könnte vielleicht an § 687 Abs. 2 B.G.B. denken, aber man wird selbst dann, wenn der Handlungsgehülfe verbotswidrig das Geschäft vorgenommen hat, und selbst wenn er wußte, daß er dazu nicht berechtigt war, nicht zu der Annahme gelangen können, das Geschäft um der rechtlichen Möglichkeit willen für den Prinzipal, den Effekt des Geschäfts an sich zu bringen, als dessen eigenes zu betrachten, umsoweniger als durchaus nicht etwa, wie Staub selbst anerkennt, ein gesetzlicher Rechtsübergang (§ 412 B.G.B.) stattfindet. Aus letzterem Grunde ist auch die Beschwerung des Handlungsgehülfen mit einer Auskunftspflicht bedenklich; erst recht nicht liegt eine Forderungsabtretung gemäß § 402 B.G.B. vor. Diese besteht vielmehr erst dann für den Handlungsgehülfen, wenn er tatsächlich schon die gegen den Dritten erlangte Forderung an den Prinzipal abgetreten hat und dieser nunmehr die Forderung gegen den Dritten geltend machen will.

Allenfalls läßt sich die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht damit rechtfertigen, daß man schon den Einbruch in die wirtschaftliche Interessensphäre des Prinzipals, wozu das rechtlich für ihn fremde Geschäft eben um der gedachten Möglichkeit willen allerdings gehört, als genügenden Rechtsgrund ansieht. Dann ist es aber auffällig, daß Staub nicht an den § 687 Abs. 2 B.G.B. gedacht hat. Wenn ein Prinzipal sich vornimmt, in jedem Falle den Handlungsgehülfen zur Verantwortung zu ziehen, was zuweilen einen odiösen Beigeschmack haben kann, so mag er sich im Anstellungsvertrage eine Konventionalstrafe ausbedingen; bean-

tragt der Handlungsgehülfe dann richterliche Ermäßigung nach § 343B.G.B. — H.G.B. § 348 greift nicht Platz, weil er nicht Kaufmann ist —, so wird er schon von selbst den wirklich erzielten Effekt seiner verbotswidrig vorgenommenen Geschäfte aufdecken und dem Prinzipal anbieten. Wo der Betrieb eines Handelsgewerbes durch den Handlungsgehülfen in Frage steht, ist dem Prinzipal die Geltendmachung seines Rechts aus § 61 H.G.B. gemäß § 60 Abs. 2 eod. ohnehin versagt, wenn bei der Anstellung die Aufgabe des Betriebs nicht ausdrücklich vereinbart ist. Im übrigen ist ein Verstoß gegen § 60 H.G.B. nach § 72 Abs. 1 Ziffer 1 l. c. mangels besonderer, eine andere Beurteilung rechtfertigender Umstände ein wichtiger Grund für den Prinzipal zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist. Der Prinzipal hat demnach wirksame Handhaben genug, um sein Recht aus § 61 durchzusetzen, auch ohne daß ihm ein Anspruch auf Auskunft und Rechenschaftsablage zusteht.

Kaufmännische Angestellte (Prokuristen, Handlungsgehülfen) sind schon auf Grund ihres Dienstvertrages und zwar ohne Aufforderung verpflichtet, von Geschäften, die sie im Betriebe des Handelsgewerbes ihres Prinzipals unter dessen ständiger Kontrolle abgeschlossen haben, diesem Mitteilung zu machen und über Einnahmen und Ausgaben mit ihm abzurechnen. So weit sie im regelmäßigen Kreise ihrer Dienstpflicht handeln, sind sie nicht als Verwalter fremden Vermögens zu betrachten und eine besondere Auskunfts- und Rechenschaftspflicht besteht für sie nicht, vielmehr sind sie nur zur Führung der Bücher verpflichtet, aus welchen die Handelsgeschäfte und die Lage des Vermögens des Prinzipals vollständig zu ersehen sind. Erläuterungen zu ihrer Buchführung haben sie in Erfüllung ihres Dienstvertrages zu geben, bei deren Verweigerung treten nur die allgemeinen an die Verletzung des Dienstvertrages geknüpften Folgen ein. Nur dann, wenn die Angestellten außerhalb ihres Dienstbereiches selbständig handelten (kraft besonderen Auftrages oder eigenmächtig für den Prinzipal), liegt ihnen die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht ob[3]).

3) R.G. Bd. 30 S. 19 (J. W 1891 S. 482 Nr. 16, Seufferts Archiv Bd. 35 S. 331 Nr. 127).

Umgekehrt besteht niemals eine Auskunfts- und Rechenschaftspflicht des Prinzipals gegenüber dem sog. commis interessé, d. h. gegenüber einem Angestellten, der vertragsmäßig als mehr oder weniger großen Bestandteil seiner Dienstvergütung einen verhältnismäßigen Anteil (Tantieme) am Gewinn des Geschäfts des Prinzipals erhalten soll. Juristisch ist lediglich der Dienstvertrag vorhanden, nicht etwa eine Gesellschaft zwischen den beiden, denn der Angestellte trägt keine Geschäftsverluste, auch nicht ein gemischter Vertrag, dessen Hauptbestandteil die Regeln über den Dienstvertrag wären, neben denen aber auch in gewissen Beziehungen und gerade in denjenigen, um die es sich hier handelt, die Rechtssätze der Gesellschaft Anwendung zu finden hätten [4]). Haben Prinzipal und Angestellter die Vergütung in der gedachten Weise geregelt, so besteht zwischen ihnen nur ein Interessenverhältnis, keine Interessengemeinschaft. Weder wird das Unterordnungsverhältnis unter den Prinzipal beseitigt, noch verzichtet dieser bei der genannten Lohnform auf sein ausschließliches Recht der Leitung der Geschäfte. Dem Angestellten aber liegt jede Absicht fern, sowohl im allgemeinen mit dem Herrn auf gleichem Fuße zu verkehren, als sich in die Leitung des Unternehmens einzumischen und dessen Risiko zu teilen, er will nur seiner Tätigkeit entsprechend entlohnt werden [5]). Selbstverständlich hat er aber ein Interesse daran, bei Berechnung der Tantieme vom Prinzipal nicht übervorteilt zu werden, und muß deshalb Garantieen dafür haben, daß die Berechnung reell vor sich gegangen ist [6]). Diese Garantie besteht aber nicht in einer Auskunfts- und Rechenschaftspflicht des Prinzipals [7]). Solches verträgt sich nicht mit dem auf Subordination gegründeten Dienstverhältnis. Gerade weil der Prinzipal dem Angestellten den Einblick in die Gesamtorganisation des Betriebes und seine Geschäftsbeziehungen versagen will, hat er

4) Über den früheren Standpunkt der Praxis bezüglich der juristischen Konstruktion des Tantiemevertrages siehe Crome Partiarische Rechtsgeschäfte S. 164 Anm. 1.

5) Crome a. a. O. § 24 S. 164/165.

6) In der Regel erfolgt erst die Auszahlung der Tantieme und dann die Prüfung der vom Chef einseitig aufgestellten Berechnung.

7) Crome a. a. O. § 32 S. 223.

ihn nicht zum Sozius gemacht. Die Art und Weise der Kontrolle wird nun wohl in der Regel vertraglich festgelegt sein, sonst aber muß sich der commis interessé mit Vorlegung (nicht bloß abschriftlicher Mitteilung) der kaufmännischen Bilanz begnügen. Einsicht in die Handelsbücher und Papiere und in die Inventuren ist ihm nur soweit zu gewähren, als er daraus die Überzeugung gewinnen kann, daß er an Lohn erhalten hat, was ihm gebührt. Keinesfalls darf er durch seine Einsicht den Büchern Kenntnis von Dingen entnehmen, die nicht als Unterlage für seinen Lohnanspruch in Betracht kommen und ihn also nichts angehen. Die Anfertigung von Abschriften oder Notizen aus den Büchern oder die Aufstellung einer eigenen Bilanz braucht der Prinzipal nicht zu dulden, er hat seiner Pflicht Genüge geleistet, wenn er die einzelnen in der Bilanz enthaltenen Posten als richtig aus den Büchern nachweist, indem er die übereinstimmenden Beträge in den letzteren vorzeigt. Dabei wird er auf einmal nachgewiesene Posten nicht mehr zurückzukommen brauchen, um alle nachträglichen Vergleichungen und daran geknüpfte rückläufige Kombinationen auszuschließen. Zweifel an der Richtigkeit muß der Angestellte billigerweise sofort erklären, illoyale Beanstandungen berechtigen den Prinzipal, die Prüfung abzubrechen und die Vermittlung des Gerichts anzurufen [8]).

Die Prüfung ist, da sie hauptsächlich in der Vorlegung der Bilanz besteht, nur einmal jährlich vorzunehmen (§ 39 H.G.B.). Zur Aufstellung einer Zwischenbilanz wird der Prinzipal nur in ganz seltenen Fällen verpflichtet sein, wenn der auf Tantieme Angestellte besondere Umstände nachweist, welche das Verlangen hiernach rechtfertigen. Die Einsicht der Bücher hat an dem Orte zu geschehen, wo diese sich mit Wissen und Willen des Prinzipals befinden, d. h. also allermeist im Geschäftslokal, und auch hier nur unter Aufsicht, seltener außerhalb desselben. Eine Überlassung der Bücher für angemessene Zeit kann der Angestellte auf keinen Fall beanspruchen.

I. Im § 675 B.G.B. ist für Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, die ent-

8) Crome a. a. O. § 32 S. 225—227.

sprechende Anwendung des § 666 vorgeschrieben. Was aber versteht § 675 unter einer Geschäftsbesorgung? Die Protokolle Bd. II S. 377 überlassen die Feststellung des Begriffs der Wissenschaft; sie sagen nur soviel, in der Regel werde es sich um die Entfaltung einer solchen Tätigkeit handeln, die innerhalb des Rechtsbereichs des Geschäftsherrn vorzunehmen sei. Ein Unterschied von der sogenannten Geschäftsführung, von der der II. Titel des II. Buches VII. Abschnitts des Rechts der Schuldverhältnisse (Geschäftsführung ohne Auftrag) spricht, ist nicht vorhanden, vielmehr sind in diesem Titel die Ausdrücke „Geschäftsführung" und „Geschäftsbesorgung" promiscuse gebraucht; es ist daher jedenfalls die Geschäftsführung nicht als ein weiterer Begriff gegenüber der Geschäftsführung aufzufassen. Es gibt nun verschiedene Theorieen über die Bedeutung des Wortes „Geschäftsführung", zwei extreme und mehrere vermittelnde[9]). Das Extrem strengster Richtung will von einer Geschäftsbesorgung nur Rechtsgeschäfte betroffen wissen[10]). Insbesondere scheidet Staub Dienste rein tatsächlicher Art aus, weil durch ihre Einbeziehung völlige Unklarheit entstehe. Auf den Sprachgebrauch dürfe man sich nicht berufen, das Gesetz kenne keinen solchen und einen Sprachgebrauch als täglichen Lebens gebe es nicht. Eine Tätigkeit, welche das Vermögen des Geschäftsherrn nicht berühre, lasse sich kaum auffinden. Der Begriff „Geschäft" sei ebenso zu fassen wie im Worte „Geschäftsfähigkeit", welches auch nur die Fähigkeit zur Eingehung von Rechtsgeschäften bezeichne (Note 3 a. a. O.). Die Ansicht Staubs dürfte zu eng sein.

Verzichtet Staub darauf, ein Kriterium zu finden, nach welchem Geschäfte tatsächlichen Inhalts unter den Begriff einer Geschäftsbesorgung gebracht werden könnten, so ist Hachenburg[11]) und Planck[12]) entgegengesetzten Sinnes. Jener leugnet jeden Unterschied zwischen Dienstleistungen, die eine Ge-

9) Eine übersichtliche Darstellung s. bei Oertmann Note 1b zu § 675, auf die hiermit verwiesen sei.

10) Staub Note 2 zu § 362 H.G.B., Siméon S. 444.

11) Dienst- und Werkvertrag S. 11ff.

12) Note 2 a. E. zu § 675.

schäftsbesorgung zum Gegenstande haben, und solchen, bei welchen dies nicht der Fall ist. Dieser kommt zu dem Ergebnis, daß § 675 bei allen Dienst- und Werkverträgen anzunehmen sein werde.

Die Lehre Hachenburg's und Planck's setzt sich mit dem nicht mißzuverstehenden Wortlaut des § 675 in Widerspruch, der keinen Zweifel darüber läßt, daß das Gesetz eine solche Unterscheidung anerkennt. Staub dürfte mit seiner Leugnung der Existenz eines Sprachgebrauchs Unrecht haben. Eine Tätigkeit, welche das Vermögen des Geschäftsherrn nicht berührt, ist z. B. das Amt des Vorlesers. Der Hinweis auf die engere Bedeutung des Wortes „Geschäft" in „Geschäftsfähigkeit" genügt nicht, denn es ist erst zu erweisen, daß die Geschäftsbesorgung nicht auch Geschäfte tatsächlichen Inhalts umfaßt.

Planck befürchtet von der allgemeinen Anwendung des § 675 keine Unzuträglichkeiten. Wenn er aber (S. 675) sich auf die Praxis beruft, die den Begriff der Geschäftsbesorgung bisher stets im weitesten Maße aufgefaßt habe, so haben die von ihm angeführten Beispiele genau betrachtet sämtlich mit Ausnahme vielleicht der Entscheidung in Seufferts Archiv Bd. 61 S. 52 wenn auch nicht ein Rechtsgeschäft im technischen Sinne, so doch die Besorgung von Rechtsangelegenheiten zum Gegenstand, die sicherlich unter den Begriff der Geschäftsbesorgung fällt [13]). Daß in der Praxis kein Fall bekannt geworden sei, in welchem die Anwendung des § 675 abgelehnt wurde, weil der Vertrag keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande habe, beweist m. E. garnichts dafür, daß die Praxis auf dem richtigen Wege wäre, wenn sie von den theoretischen Schwierigkeiten abstrahieren wollte.

Von den vermittelnden Meinungen sind insbesondere hervorzuheben:

1) Cosack [14]): unter Geschäftsbesorgung sei zu verstehen „entweder der Abschluß eines Rechtsgeschäfts oder die Vornahme einer zwar nicht rechtsgeschäftlichen, aber doch rechtlich das Vermögen des Dienstempfängers berührenden Tätigkeit". Gegen

13) Vgl. Siméon S. 444: „Handlungen rechtlicher Art".
14) § 143 II 1 a.

ihn läßt sich mit Oertmann a. a. O. S. 712 sub ζ einwenden, daß es zunächst wohl auf ein wirtschaftliches Resultat der Tätigkeit für den Geschäftsherrn ankommt.

2) Lenel[15]) bezeichnet als das Gebiet der Geschäftsbesorgung „die Fälle des entgeltlichen Auftrages", die sich von den sonstigen Arbeitsverträgen dadurch unterscheiden, daß nicht der Erfolg selbst, sondern die Tätigkeit zwecks Herbeiführung des Erfolges versprochen werde und daß der Lohn eventuell auch beim Ausbleiben des Erfolges gezahlt werden müsse.

Mit Recht macht hiergegen Oertmann darauf aufmerksam, daß auf diese Weise Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung enthalten und deren Vorhandensein das Gesetz nach seinem Wortlaut anerkennt, ausgeschaltet würden. Lenel selbst freilich behauptet, daß die beiden Begriffe „Werkvertrag" und „entgeltlicher Vertrag" sich nicht nur nicht deckten, sondern sich gegenseitig ausschlössen. Wenn § 675 von Werkverträgen spreche, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hätten, so liege eine falsche Konstruktion vor, der keine bindende Bedeutung beizumessen sei. Diese Eliminierung des Werkvertrages aus dem § 675 dürfte jedoch willkürlich sein und dem ausdrücklichen Willen des Gesetzes zuwiderlaufen.

3) Hellwig[16]) steht Lenel nahe mit der Konstruktion, daß es auf die Entfaltung einer Tätigkeit zur Erledigung einer bestimmten Angelegenheit oder einer Mehrheit von bestimmten Angelegenheiten ankomme, einer Tätigkeit also, welche auf Herbeiführung eines bestimmten Erfolges rechtlicher oder tatsächlicher Art gerichtet sei. Von diesem Gesichtspunkt aus aber kann er sich wieder umgekehrt wie Lenel keinen Werkvertrag denken, der nicht unter den Begriff der Geschäftsbesorgung fiele.

4) Gemeinsam ist Lenel und Hellwig der Hinweis auf den Sprachgebrauch, der in der Geschäfts besorgung die Entfaltung einer bestimmten und selbständigen Tätigkeit sieht zum Unterschiede von einer bloß unselbständigen Hülfsleistung. Hierin dürfte neben der wirtschaftlichen Bedeutung für den Geschäftsherrn

15) In Iherings Jahrbüchern Bd. 44 S. 32ff.

16) Verträge auf Leistung an Dritte S. 517 Anmerkung 42.

das zweite wesentliche Moment für die Begriffsbestimmung liegen [17]).

Gesetzliche Beispiele einer Geschäftsbesorgung sind die Tätigkeit des Kommissärs H.G.B. § 383, des Spediteurs H.G.B. § 407, des Handlungsagenten H.G.B. § 84. Der Vertrag des letzteren mit dem Prinzipal ist ein Dienstvertrag [18]).

II. Die zweite prinzipielle Frage lautet: Inwiefern ist der Besitz fremder Sachen die Grundlage für eine Auskunfts- und Rechenschaftspflicht?

1) Nach § 990 Abs. 1 B.G.B. haftet der Besitzer, der bei dem Erwerbe des Besitzers nicht in gutem Glauben war, von der Zeit des Erwerbes an nach §§ 987, 989. Erfährt der Besitzer später, daß er zum Besitz nicht berechtigt ist, so haftet er in gleicher Weise von der Erlangung der Kenntnis an. Der angezogene § 987 bestimmt in Abs. 1:

> Der Besitzer hat dem Eigentümer die Nutzungen herauszugeben, die er nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit zieht.

Absatz 2 lautet:

> Zieht der Besitzer nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit Nutzungen nicht, die er nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft ziehen konnte, so ist er dem Eigentümer zum Ersatze verpflichtet, so weit ihn ein Verschulden trifft.

Die Motive zu §§ 930—932 E. I Bd. III S. 405 weisen ausdrücklich darauf hin, daß im Entwurf I die Frage, ob eine Verpflichtung zur Rechenschaftsablegung stattfinde, offen gelassen sei. Erst die Denkschrift S. 201 betrachtet nach Rechtshängigkeit

---

17) Übereinstimmend Oertmann a. a. O. S. 713 αα und ββ, Endemann § 172 Anm. 22—23.

18) Staub § 84 H.G.B. Note 4a im Gegensatze zu R.G. Bd. 31 S. 60. Zutreffend Staub a. a. O., daß der Inhalt der Stellung des Handlungsagenten nicht nur die Erzielung von Geschäftsabschlüssen, sondern überhaupt die fortdauernde Wahrnehmung der Interessen des Geschäftsherrn ist und daß der Agent sich jedenfalls nicht zur Herbeiführung eines von vornherein abgegrenzten Erfolges verpflichtet.

den gutgläubigen wie den unredlichen Besitzer als Verwalter einer fremden Sache, weil er mit der Möglichkeit eines ihm ungünstigen Ausganges des Rechtsstreits rechnen müsse. Unter einem anderen Gesichtspunkt wird man die Ziehung von Nutzungen auch nicht auffassen können; daß sie während eines Schwebezustandes erfolgt, während dessen die Frage der Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen noch offen ist, ändert hieran nichts. Für den bösgläubigen Besitzer, welcher wußte, daß die Sache ihm nicht gehörte, ergibt sich die Verwaltungspflicht von selbst; aber auch der gutgläubige hat von der Rechtshängigkeit an als Verwalter zu gelten, weil in diesem Augenblick durch die Klageerhebung Zweifel über die Berechtigung seines Besitzes in ihm erweckt werden. Unterbleibt die Ziehung der Nutzungen, so kann niemand dem Besitzer, dem gutgläubigen sowohl wie dem bösgläubigen, etwas anhaben, wenn er in dem Vindikationsprozeß obsiegt; unterliegt er aber, so entspricht seine Ersatzverpflichtung nach § 987 Abs. 2 B.G.B. durchaus dem § 677, wonach der negotiorum gestor seine Geschäftsführung so einzurichten hat, wie es das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen erfordert.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, ob ein Bedürfnis nach Rechenschaft oder Auskunft bei diesem Besitzfall vorliegt. Man sollte allerdings meinen, daß es hierauf nicht ankomme, sondern die gesetzliche Notwendigkeit nach den §§ 681, 687 B.G.B. eintrete, wenn man eine negotiorum gestio überhaupt angenommen habe. So zweifelsfrei liegt aber die Sache nicht. Die preußische Judikatur [19]) hat freilich unter Bezug auf l. 6 § 3 D. de neg. gest. 3, 5 den Grundsatz aufgestellt, daß der unredliche Besitzer die Verpflichtung zur Rechnungslegung über sämtliche Nutzungen und Früchte habe. Ist nun auch späterhin die allgemeine Zulassung der Rechenschaftspflicht in der Praxis wieder eingeschränkt worden [20]), so hat sich doch R o ch o l l S. 231 über-

19) Plenarbeschluß des Ober-Tribunals vom 4. 5. 1863 Bd. 49 S. 21ff.

20) R.G. Bd. 9 S. 270, Bd. 10 S. 215, Bd. 14 S. 202. Nach Treitel S. 21/22 hat das Reichsgericht in der Entscheidung Bd. 10 S. 215 zu der Frage nicht Stellung nehmen wollen, vielmehr nur ausge-

haupt dagegen gewendet mit dem Argument [21]), daß die für den Anspruch auf Rechenschaft notwendige Unmöglichkeit, das Quantum des Herauszugebenden selbst nachzuweisen, für den Vindikanten nicht bestehe, dieser habe im A.L.R. I 7 § 229 einen objektiven Maßstab für die Berechnung gehabt, indem er nämlich diejenigen Früchte und Nutzungen vergütet verlangen könnte, welche der unredliche Besitzer wirtschaftlich hätte erzielen können. Hierdurch habe der Vindikant der Schwierigkeit überhoben werden sollen, Tatsachen erforschen zu müssen, welche sich seiner Kenntnis naturgemäß entzogen hätten. Damit sei der rationelle Grund der Rechenschaftspflicht fortgefallen.

Das Argument Rocholls ist nur teilweise richtig. Eine ähnliche Bestimmung wie das A.L.R. enthält auch das B.G.B. in § 987 Abs. 2 (für jeden Besitzer), jedoch mit der Maßgabe, daß ihn ein Verschulden treffen muß. Es ist doch aber nun im Falle einer negotiorum gestio alles herauszugeben, was der Gestor aus der Geschäftsführung erlangt hat, demnach nicht bloß der Wert der Nutzungen, die der Besitzer nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen können, sondern auch sonstige Nutzungen. Den Wert der nicht gezogenen Nutzungen ist der Eigentümer selbst allerdings zu beweisen in der Lage, eventuell durch Sachverständige. Jene Beweisführung würde aber nur auf fruchttragende Sachen anwendbar sein oder auf solche Sachen, die nach ihrer wirtschaftlichen Aufgabe von vornherein dazu ausersehen sind, in bestimmter nutzbringender Weise gebraucht zu werden, z. B. ein Zinshaus, das zur Vermietung bestimmt ist, dagegen nicht auf Sachen, die in anderer Weise einen Vorteil bringen. Hat z. B. jemand einen ihm nicht gehörigen Wagen in Besitz, etwa zur Leihe, und vermietet er ihn vertragswidrig an andere, so sind die Mietseinnahmen doch auch Nutzungen, niemand wird aber sagen können, daß sie inner-

---

sprochen, daß es die Widerrechtlichkeit des Besitzes allein nicht für einen zureichenden Grund halte, um die Rechenschaftspflicht zu statuieren. Für das Gemeine Recht hat R.G. Bd. 13 S. 184 sich für die Anwendbarkeit der l. 6 § 3 D. 3, 5 in vollem Umfange entschieden.

21) Treitel läßt dieses ganz unberücksichtigt.

halb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft gezogen sind oder hätten gezogen werden sollen. Nur die Nutzungen der letzteren Art kann der Eigentümer gar nicht anders als durch Auskunft und Rechenschaft erfahren. Es wird also stets darauf ankommen, welche wirtschaftliche Bestimmung die vindizierte Sache hat. Ob der Besitzer überhaupt Nutzungen gezogen hat, kann der Eigentümer allerdings nicht wissen; war die Sache aber fruchttragend oder sonst nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutung in bestimmter Weise zu nutzen, so ist der Eigentümer im Falle der Nichtziehung von Nutzungen berechtigt, als Ersatz alle Nutzungen zu verlangen, die der Besitzer nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte verlangen können. Folglich kann er den objektiv schätzbaren Betrag, der als Ersatz an die Stelle der Nutzungen tritt, einklagen und es dem Beklagten überlassen, wenn er tatsächlich weniger an Nutzungen gezogen hat und ihn kein Verschulden trifft, sich durch den Nachweis des Minus und seiner Schuldlosigkeit hieran zu exkulpieren. Denkbar wäre allerdings, daß der Besitzer über den Rahmen des § 987 Abs. 2 hinaus Nutzungen gezogen hat. Werden solche dem klagenden Eigentümer freiwillig mitgeteilt, so ist m. E. kein Grund vorhanden, den überschießenden Betrag als tatsächlich gezogene Nutzung nicht gemäß § 987 Abs. 1 herauszuverlangen. Dafür, daß mit dem Maßstab einer ordnungsmäßigen Wirtschaft, der sich nur auf die Ersatzpflicht infolge versäumter Nutzungen bezieht, die Herausgabepflicht tatsächlich gezogener Nutzungen habe beschränkt werden sollen, fehlt es an jedem Anhalt [22]). Wird freilich die Angabe, daß über eine ordnungsmäßige Wirtschaft hinaus Nutzungen gezogen seien, unterlassen, so fehlt es an einer Handhabe, um den Besitzer zu dieser Angabe zu nötigen. Bei Sachen anderer Art ist eine Auskunft und Rechenschaft über tatsächlich gezogene Nutzungen nicht entbehrlich, was sich leicht daraus erklärt, daß eben Nutzungen nach der Natur der vindizierten Sache oder ihrer wirtschaftlichen Bedeutung oder aus sonst einem Grunde allgemein oder auch nur von Seiten des Vindikanten nicht vorausgesetzt

22) Anderer Ansicht Rocholl S. 231.

werden konnten. Vielfach wird darum, weil der Eigentümer eine Nutzziehung von Seiten des Besitzers nicht vermuten wird, das Auskunfts- und Rechenschaftsbegehren unterbleiben; er wird vielmehr erst dann, wenn er glaubt, einen Anhalt dafür zu haben, daß die Sache nutzbringend verwertet wird, sich hierüber Gewißheit zu verschaffen suchen.

Ein Erbschaftsbesitzer, d. i. jemand, der auf Grund eines ihm in Wirklichkeit nicht zustehenden Erbrechts etwas aus der Erbschaft erlangt hat (§ 2018 B.G.B.), ist nichts anderes als ein Vindikationsbesitzer, denn von beiden kann die Herausgabe des Erlangten gefordert werden. Nach § 2023 Abs. 2 erstreckt sich der Anspruch des Erben u. a. auf die Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen, und zwar soll die Herausgabe erfolgen nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Nach § 2027 Abs. 1 ist der Erbschaftsbesitzer verpflichtet, dem Erben über den Bestand der Erbschaft und über den Verbleib der Erbschaftsgegenstände Auskunft zu erteilen, und wir haben früher gesehen, daß diese Verpflichtung zur Auskunftserteilung auf eine Verpflichtung zur Rechenschaftsablage hinausläuft, da sie nicht nur den örtlichen, sondern auch den wirtschaftlichen Verbleib umfaßt. Zu dem Bestande der Erbschaft gehören nun aber auch unzweifelhaft die Nutzungen, die der Erbschaftsbesitzer seit Rechtshängigkeit von der erlangten Sache gezogen hat oder nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft hätte ziehen sollen. Liegt da nicht die Annahme nahe, weil der Erbschaftsbesitz nur ein Anwendungsfall des gewöhnlichen Besitzes ist, sei auch in diesem die Auskunft bezw. Rechenschaft über die gezogenen und zu ziehenden Nutzungen zu erteilen? Dieser Annahme aber stehen zwei Gründe entgegen.

Zunächst wäre es auffällig, daß das Gesetz die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht nur für einen Spezialfall anordnete und nicht in einer allgemeinen Regel zum Ausdruck brächte, und daß es sie nicht überhaupt für selbstverständlich erachtete, weil doch die Verpflichtung zur Herausgabe der Nutzungen auf einer negotiorum gestio beruhe.

Zweitens aber ist gerade in Bezug auf die Auskunfts- und Rechenschaftspflicht die Gleichstellung des Erbschaftsbesitzers mit dem Vindikationsbesitzer verfehlt. Denn die in § 2027 Abs. 1 normierte Auskunftspflicht hat einen ganz eigenen Zweck, der aus der durch den Todesfall begründeten besonders unsicheren Lage des Erben sich herleitet. Es soll durch ihn die Ausplünderung der Erbschaft verhindert werden und deshalb wird dem Erbschaftsbesitzer, der auch nur *etwas* aus der Erbschaft erlangt hat, die Verpflichtung auferlegt, Auskunft über den Bestand *der* Erbschaft, d. h. der ganzen Erbschaft, zu erteilen [23]). Dieser Zweck fällt beim gewöhnlichen Vindikationsprozeß natürlich fort. Nicht deshalb muß der Erbschaftsbesitzer, der nachweislich eine bestimmte Sache aus der Erbschaft erlangt hat, über deren Nutzungen Auskunft und Rechenschaft erteilen, weil dies die Folge seines Besitzes wäre, sondern weil diese Nutzungen ganz allgemein zu der Erbschaftsmasse gehören, über deren Bestand und Verbleib er im ausgedehntesten Umfange sich zu äußern hat.

Man kann deshalb § 2027 Abs. 1 B.G.B. für die Frage der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht im Verhältnis des Eigentümers zum Besitzer nicht als maßgebend bezeichnen. *Treitel* S. 31 kommt bei Erörterung der Frage, ob und inwieweit eine allgemeine Anwendung der Auskunfts- und Rechenschaftspflicht statthaft sei, zu dem Ergebnis, daß man aus den §§ 2019 ff., 2027 auf eine einschränkende Tendenz schließen müsse. Das hat ihn freilich nicht gehindert, den Satz aufzustellen (S. 22 a. a. O.), daß die Stellung des unredlichen Besitzers nach Art der negotiorum gestio seine Rechnungslegungspflicht rechtfertige. Der einschränkenden Tendenz der zitierten Bestimmungen ist aber dieser Satz gerade nicht förderlich.

2) Das Gesetz spricht mehrmals von der Verpflichtung zum Ersatz von Aufwendungen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. So hat nach Eintritt der Rechtshängigkeit notwendig gewordene Aufwendungen der Eigentümer dem Besitzer zu ersetzen, B.G.B. § 994 Abs. 2; desgleichen kann nach § 2185 Ersatz verlangen der mit einem Vermächtnis Be-

23) Vgl. Kap. VI § 2 Ia 3. Gruppe.

schwerte für Verwendungen und Aufwendungen, die nach dem Erbfall auf die Sache gemacht sind, wenn eine bestimmte zur Erbschaft gehörige Sache vermacht ist; ferner für nicht notwendige Verwendungen der Verkäufer nach § 450 Abs. 2, der Mieter nach § 547 Abs. 2, der Entleiher nach § 601 Abs. 2, der Pfandgläubiger nach § 1216, der Nießbraucher nach § 1049 Abs. 1 für alle Verwendungen, zu denen er nicht verpflichtet ist, der Vorerbe nach § 2125 Abs. 1 für Verwendungen, welche nicht zum Zweck der Erhaltung der Erbschaft gemacht sind. In allen Fällen kommen die Verwendungen demjenigen zugute, dem die Sache zu überlassen ist, wird also durch den Verwender (Besitzer) ein fremdes Geschäft besorgt mit dem Bewußtsein hiervon, das spätestens im Augenblick der Rechtshängigkeit hervorgerufen wird. Ob auch mit dem Willen, für den anderen tätig zu sein, sodaß je nachdem eine negotiorum gestio auf Grund des § 687 Abs. 2 oder 677 anzunehmen wäre, bleibe dahingestellt [24]). Mit Recht kann man daher Verwendungen auf eine Sache als eine Geschäftsführung ohne Auftrag bezeichnen [25]).

Fragt man bei den Verwendungen nach dem Bedürfnis für eine Auskunfts- und Rechnungspflicht, so wäre solche rundweg zu verneinen, wenn von allen den genannten Personen nur deshalb Auskunft und Rechenschaft verlangt werden sollte, um lediglich in Hinsicht auf eine eventuelle Ersatzforderung die Existenz von Aufwendungen und deren Höhe zu erfahren. Eine Rechenschaftspflicht wäre nicht zu rechtfertigen, weil es keinen Herausgabeanspruch vorzubereiten gäbe, im Gegenteil der Besitzer ꝛc. noch etwas von dem Eigentümer haben will und dieser es getrost dem Besitzer überlassen könnte, sich mit seinem Ersatzanspruch bei ihm zu melden. Es ist aber der Fall zu berücksichtigen, daß der Eigentümer zwar weiß, daß der Besitzer Aufwendungen macht, aber im Unklaren darüber ist, welcher Art sie sind, und es muß ihm

---

24) Hübner S. 41, Treitel S. 31 subsumieren die Vornahme von Verwendungen unter den § 687 Abs. 2.

25) Vgl. Motive Bd. III S. 55: Der Beklagte habe sich vom Streitbeginn an als Verwahrer und Verwalter fremden Gutes zu betrachten.

gestattet sein, sein spezielles Interesse an der Sache durch Weisungen an den Besitzer zur Geltung zu bringen. Hier erlaubt ihm die Handhabung eines Auskunftsrechts, den Gang des Verwendungsgeschäfts nach seinem Sinne zu beeinflussen und sich so vor Schaden zu schützen. Soweit der Eigentümer auch darüber unterrichtet zu sein wünscht, was der Besitzer infolge der Verwendungen auf die Sache aus dieser erlangt hat [26]), ist man unbedenklich berechtigt, alle die Verhältnisse, bei denen Ersatz von Aufwendungen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu leisten ist, unter den Gesichtspunkt des Verhältnisses vom Eigentümer zum Besitzer zu bringen. Wer eine Sache kauft, vermietet, verleiht, zum Nießbrauch oder Pfand überläßt, oder der Erbe im Verhältnis zum Vermächtnisnehmer, sie sind alle Eigentümer der Sache [27]) und *als solche* berechtigt, unter Berücksichtigung der oben geschilderten Unterscheidung gemäß § 987 zu verfahren.

Nach § 687 Abs. 2 B.G.B. kann der Geschäftsherr (sofern man diese Bestimmung als die Grundlage für den Verwendungsanspruch auffaßt) die sich aus den §§ 677, 678, 681 ergebenden Ansprüche geltend machen. § 682 begrenzt die Verantwortlichkeit des geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Geschäftsführers nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. In der Aufzählung der genannten Paragraphen liegt die Gewährung einer facultas alternativa für den Geschäftsherrn, er kann die eine oder die andere Maßregel ergreifen. *Treitel* S. 33 meint nun, durch dieses Wahlrecht solle dem Berechtigten offenbar die Möglichkeit gegeben werden, seine Ansprüche im weitesten Umfange zur Geltung zu bringen. Es diene also die Rechenschaftsablage in den in Rede stehenden Fällen dazu, sich die zu vergleichenden Faktoren zu verschaffen, um danach diejenige Gerechtsame zu wählen, welche den günstig-

---

26) also über die Nutzungen der Sache.

27) Der Käufer wird im Verhältnis zu dem auf die Kaufsache Verwendungen machenden Verkäufer als Eigentümer zu gelten haben, wenn die (nicht notwendigen) Aufwendungen noch vor der Übergabe gemacht sind.

sten Erfolg verspreche, worin sich wiederum in gewisser Weise der informatorische Zweck der Rechenschaftsablage zeige.

Wir können uns dieser Ansicht nicht anschließen. Abgesehen davon, daß § 682 nur einem geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Geschäftsführer das Recht gibt, wegen unerlaubter Handlungen Schadensersatz oder die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zu verlangen, ist doch die facultas alternativa sicher nicht im Sinne Treitels aufzufassen. Hat sich vielmehr der Geschäftsherr (Eigentümer 2c.) einmal für die Einforderung von Rechenschaft entschieden, so bleibt ihm u. E. — dies folgt aus der Natur der Rechenschaftsablage als eines Hilfsrechts — nur das Recht auf Herausgabe des durch die Geschäftsführung (Verwendungen) Erlangten, nicht aber auch auf die Durchführung der alternativen Ansprüche aus §§ 678, 682 gewahrt. Anderenfalls würde das Recht auf Rechenschaft eine einseitige Bevorzugung des Geschäftsherrn sein, dem hierdurch grundlos ein Teil der Last abgenommen würde, die Entstehung eines schädigenden Ereignisses nachzuweisen.

Treitel S. 32 behandelt unter Umständen — unter welchen, sagt er nicht — auch den Finder als Geschäftsführer ohne Auftrag. Nach den Motiven Bd. III S. 376 sollte aber gerade die Beantwortung der Frage, ob das Finden die Besorgung eines fremden Geschäfts sei und demgemäß in jedem Falle des Findens die Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag von selbst Anwendung finden könnten, geflissentlich vermieden und durch die Aufstellung positiver Rechtssätze umgangen werden. Allerdings sagen sie weiter (S. 380): „Liegen die Voraussetzungen einer eigentlichen Geschäftsführung ohne Auftrag vor, so wird die Anwendung der Vorschriften über die Gegenansprüche des negotiorum gestor, insoweit sie für diesen ein günstigeres Resultat herbeiführen sollten durch die hier (im Entwurf I über den Fund) gegebenen Vorschriften nicht ausgeschlossen." Nach § 970 kann der Finder für Aufwendungen, die er den Umständen nach zum Zwecke der Verwahrung oder Erhaltung der Sache oder zum Zwecke der Ermittlung eines Empfangsberechtigten für erforderlich halten darf, von dem Empfangsberechtigten Ersatz verlangen. Es ist zu beachten,

daß die Ersatzpflicht im Gegensatz zu den vorher behandelten Verwendungsfällen nicht nach den Vorschriften über eine Geschäftsführung ohne Auftrag geregelt ist; demnach bietet sich auch nicht die zwar zweifelhafte, aber doch immerhin konstruktionsmäßig vorhandene Möglichkeit, auch in anderen Beziehungen als im Punkte der Ersatzpflicht die Regeln über die negotiorum gestio zur Anwendung zu bringen. Man wird also dem Empfangsberechtigten einen Anspruch gegen den Finder auf Rechenschaft über dasjenige, was der Finder aus der gefundenen Sache erlangt hat, versagen müssen. Läßt sich nun auch einerseits nicht leugnen, daß hierin eine Härte für den Empfangsberechtigten liegt, sofern er seine Ansprüche auf das Herauszugebende selbst substantiieren muß, so ist es doch andererseits ein gesunder Gedanke der Motive (III S. 376), dem Finder nicht mehr als die Befolgung der gesetzlichen Vorschriften aufzuerlegen, die im einzelnen seine Rechte und Pflichten näher bestimmen, darüber hinaus aber ihn durch die Tatsache des Fundes dem Empfangsberechtigten gegenüber nicht weiter zu obligieren [28]).

28) Vgl. auch Motive Bd. III S. 380 a. E.